

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FELIPE CIDRAL SESTREM

MANDADO DE INJUNÇÃO:

Da natureza e amplitude da sentença jurisdicional à efetividade constitucional

Florianópolis,
2008.

FELIPE CIDRAL SESTREM

Acadêmico do Curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Santa Catarina

MANDADO DE INJUNÇÃO:

Da natureza e amplitude da sentença jurisdicional à efetividade constitucional

Monografia apresentada à banca examinadora do Colegiado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, no semestre de 2008.2, como requisito para a obtenção do diploma correspondente ao título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

Florianópolis,
2008.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada *Mandado de Injunção: Da natureza e amplitude da sentença jurisdicional à efetividade constitucional*, elaborada pelo acadêmico Felipe Cidral Sestrem e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2008.

Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender
Presidente

Prof. Dr. João dos Passos Martins Neto
Membro

Prof. Msc. Alexander Rodrigues de Castro
Membro

Prof. Dr. Ubaldo Balthasar
Coordenador do Curso de Graduação

DEDICATÓRIA

[...] um tributo à *divindade feminina* e ao *amor maternal*,
que impõe a mudança dos sonhos e dos objetivos *terrenos*;
que inspira a doação de *vidas* para a garantia
de um futuro melhor para nós, seus *herdeiros*.

À minha mãe, *Elisete*,
e à minha avó, *Anair*.

AGRADECIMENTOS

Meus maiores e mais honrados agradecimentos,
concedo-os, orgulhosamente,

ao meu pai, *Galdino João Sestrem*,
que pela simplicidade, perseverança e maravilhosa lição de vida,
que delineiam meu senso de cidadania, democracia (participativa) e justiça (*substancial*),
inspirando-me na longa caminhada que começo agora a percorrer.

ao meu avô, *João Cecílio Cidral*,
que, pela sabedoria e retidão, motiva-me a buscar o *homem além-do-homem*.

ao meu ex-Prof. *Adailton Luis Corrêa*,
que oportunizou minhas primeiras lições de Filosofia do Direito,
contribuindo para meu ingresso no Curso de Graduação em Direito desta instituição.

Igualmente, presto minha gratidão, não menos importante,
para toda minha *família*, pelo carinho e incentivo,
que impulsionaram meus estudos durante os rápidos anos de faculdade.

para *Sabrina Ghellere Pavei*,
por acreditar que um dia o *menino-homem* pode se tornar *homem-menino*.

para meus *amigos*, *Eduardo Ribeiro*, *Vinicius Nagao*, *Vinicius Wassmansdorf*, *Paulo Vitor*,
Mauro Mattedi, *Diogo Chiodini*, *Wesley Zapellini*, *Anderson Bedendo* e a todos os outros que
participaram das nossas *quase-repúblicas*, por toda fraternidade e compreensão.

para o íntegro, honesto e competente advogado *Dr. Paulo Soares*,
para os ilustres membros do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Dr. Paulo de Tarso Brandão e *Dr. Durval da Silva Amorim*,
para o eminente Desembargador do Tribunal de Justiça
do Estado de Santa Catarina *Dr. Henry Goy Petry Jr.*,
pelas lições e experiência forense que me proporcionaram e
pela confiança no depósito das suas mais altas funções em minhas mãos.

ao Prof. Dr. *Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender*,
por ter aceitado a tarefa de orientar-me, além de ter incutido em mim,
naquelas sublimes lições de *Direito Constitucional* – sempre temperadas com um bom
humor invejável – a paixão e o respeito pelo estudo da *ciência constitucional*,
motivo primeiro para a confecção deste breve e audacioso estudo.

Por último, agradeço a todos meus colegas de faculdade,
das inúmeras turmas pelas quais passei, por todas as histórias vividas,
ímpeto de esforço e superação, a cada dia, a cada aula, a cada tarefa cumprida,
não olvidando agradecer expressamente a *Adilson dos Reis Mendonça*,
meu sincero amigo do além-mar, pelo trato singelo das questões da vida e do direito e pela
paixão na defensoria gratuita dos pouco abastados.

às famílias *Salvador* e *Tremarin* e à *Taeli*,
por suas razões.

“O homem, quando é mais significante, comporta-se como criador do direito”
Johann Wolfgang von Goethe

As opiniões expressadas neste trabalho são de inteira responsabilidade do autor. A aprovação desta Monografia, não implicará no endosso do Professor Orientador, da banca examinadora e da Instituição de ensino à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

Imerso na temática do Direito Constitucional, com enfoque preciso no processo constitucional e na teoria constitucional, o presente trabalho de conclusão de curso objetiva identificar a natureza, os efeitos e a amplitude da tutela jurisdicional no mandado de injunção. Busca explorar a correlação do *mandamus* à vinculação do legislador e à relativização da arcaica interpretação do princípio da separação dos poderes. O trabalho tenta desvendar o necessário espaço de participação popular que garanta eficazmente os direitos fundamentais dos indivíduos e legitime um efetivo regime democrático de direito, identificado no manejo do mandado de injunção. Ele procura contemplar a inter-relação dos mecanismos de contenção dos poderes com a teoria dos direitos fundamentais esposada por cada uma das diversas concepções constitucionalistas analisadas. Apreciando as acepções dos termos *injungir* e *implementar*, o estudo prima por demonstrar a finalidade precípua do instrumento de injunção que busca a garantia do usufruto dos direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obstados pela ausência de regulamentação ulterior, isto é, a implementação concreta dos direitos obstados pela mora inconstitucional do órgão competente para regulamentá-los. A partir disso, demonstra os tríplexes efeitos da sentença injuncional (*declaratividade*, *constitutividade* e *mandamentalidade*, que agrega, em seu bojo, todos os anteriores) e a excepcional *carga condenatória* que o *mandamus* pode comportar. Por fim, delinea a amplitude da *constitutividade* da tutela jurisdicional injuncional, que, muito embora possa alcançar efeitos *erga omnes* quando alicerçada nas teorias do garantismo constitucional, da *Jurisdição da Liberdade* e da *Eqüidade* e da máxima efetividade das normas constitucionais, no Brasil – país de modernidade tardia –, em virtude da baixa efetividade da instrumentalização constitucional e da arraigada cultura legalista do séc. XIX imanente à formação dos magistrados brasileiros, limita seus efeitos às partes que integraram a lide, a fim de assegurar a independência e harmonização dos Poderes. Desta forma, evita transformar o modelo constitucionalista brasileiro, frágil face ao *dirigismo constitucional* da Constituição de 1988, num *modelo constitucionalista jurisprudencial*, verdadeiro *constitucionalismo despótico*. Somente com a evolução gradual da cultura constitucionalista brasileira e com a infusão de valores equânimes na formação dos operadores jurídicos pode-se conceber uma justa e legítima *judicialização da política*.

Palavras-chave: Mandado de injunção; Amplitude e efeitos da sentença jurisdicional injuncional; Relativização do princípio da separação dos poderes; Jurisdição ampliada; Ativismo judicial; omissão inconstitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSTITUCIONALISMO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS	16
1.1 UM CONCEITO: “CONSTITUCIONALISMO”	16
1.2 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E LIMITAÇÃO DO PODER REAL	17
1.3 “PRIMAVERA DOS POVOS” E APELO SOCIOLÓGICO À CONSTITUIÇÃO	20
1.4 POSITIVISMO E CONCEPÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO	21
1.5 PERSONIFICAÇÃO DO ESTADO E “INSTRUMENTALIZAÇÃO DO JURÍDICO”	23
1.6 INTERVENCIONISMO ESTATAL E PROGRAMATICIDADE NORMATIVA	25
1.7 O “INVERNO EUROPEU”: UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO	26
1.8 A DIMENSÃO FORMAL E MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO	29
1.9 AS “MODERNIDADES TARDIAS” E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	34
1.10 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONTRIBUIÇÃO DE BONAVIDES	40
2 TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO	45
2.1 UMA QUESTÃO DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL	45
2.2 TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	50
2.2.1 Um apanhado geral das teorias tipológicas da norma constitucional	50
2.2.2 José Afonso da Silva e a <i>teoria das normas regulamentáveis</i>	56
2.3 TEORIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	60
2.4 MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	65
2.4.1 Mecanismos extraordinários: direito de petição e Iniciativa Popular	66
2.4.2 Jurisdição constitucional e mecanismos <i>ordinários</i> de concretização	67
3 AMPLITUDE E EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO	73
3.1 DO CONCEITO E ORIGEM À APLICABILIDADE DO INSTITUTO	73
3.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO INJUNCIONAL	77
3.2.1 A abrangência da tutela jurisdicional no mandado de injunção	82
3.2.2 A existência de um direito constitucional a ser regulamentado	84
3.2.3 A mora inconstitucional e a vinculatividade do legislador	86
3.2.4 Carência da ação injuncional	87
3.3 NATUREZA DA TUTELA JURISDICIONAL NO <i>WRIT</i> INJUNCIONAL	88
3.3.1 A dúplice dimensão do espectro injuncional	88
3.3.2 A declaratividade e a garantia da aplicabilidade dos direitos	91
3.3.3 A constitutividade e a carga condenatória da sentença injuncional	93
3.3.4 A mandamentalidade intrínseca à regulamentação	96
3.4 A AMPLITUDE DOS EFEITOS DA DECISÃO INJUNCIONAL	97
3.4.1 <i>Teoria da subsidiariedade</i> e desestímulo à demanda reprimida	98
3.4.2 Corrente <i>concretista individual</i> e suas variações	99
3.4.3 Corrente <i>concretista geral</i> e os limites ao <i>ativismo judicial</i> amplo	103
3.4.4 A proposta de Barroso e a amplitude da jurisdição	112
3.4.5 A proposta de Solon Sehn e a aplicação analógica do art. 64 da CF	114
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

A Constituição fez, em outubro deste ano, 20 anos de existência. É um marco da *maturidade constitucionalista brasileira* que, infelizmente, está longe de livrar-se do laicismo juvenil radicado na alma nacional, cuja mácula arde, ainda, no dogmatismo *legalista-privatista* e na opressão dos dois longos regimes ditatoriais (um civil, outro militar) a que a pátria foi submetida durante o séc. XX.

Nada obstante a tardia evolução constitucional brasileira¹, as últimas duas décadas oportunizaram a criação de um *constitucionalismo* pioneiro, do tipo *misto*, que, por meio da análise comparativa de Constituições estrangeiras, vem unindo as melhores teorias do direito constitucional mundial, alterando completa e irreversivelmente o cenário jurídico-político brasileiro.

Há mais de um século, as *propostas modernistas* ensejaram uma maior atuação estatal, contestando os modelos liberalista e normativista que por sua pujança oprimiam o anseio de fazer valer os direitos sociais do povo. As então populares motivações sócio-democratas seriam resgatadas pela novidade da flexibilização e da abertura dos textos constitucionais inauguradas por meio de um inusitado modelo de Constituição: o *dirigismo constitucional*.

Elaborado em meados da década de 80 do século passado por J. J. Gomes Canotilho, o novo referencial propugna a implementação de direitos, garantias e programas constitucionais por uma ulterior e vindoura legislação ordinária, adequada às realidades sócio-políticas da época de sua elaboração, mas que, no âmago, tendia à (re)valorização do indivíduo, das classes oprimidas e dos valores comunitários, em prol de uma verdadeira *socialização do direito e da sociedade*.

A adoção do modelo *dirigente* pela Constituição de 1988 inaugurou o *boom* pró-constitucionalista que estava por vir. A partir das novas concepções de Direito, Estado e Constituição, expurgou-se da centralidade da ciência jurídica o direito civil e o *ranço privatista* de origem romano-germânica, dando margem à valorização do direito constitucional. A passagem pode ser condensada na seguinte máxima formulada por Paulo Bonavides: “Ontem os Códigos, hoje a Constituição”; “a revanche da Grécia sob a Roma”² (BARROSO, 2008).

A centralização do Direito Constitucional como ciência orientadora do ordenamento jurídico mudará por completo o conceito de *atividade jurídica*, impondo uma nova interpretação do direito, na qual nenhuma questão infra-constitucional pode passar

¹ Portugal e Espanha sofreram na metade da década de 70 do século passado seu processo de entronização da Constituição, também chamado de *Constitucionalização do Direito*. Os outros países da Europa levaram a Constituição ao centro dos seus ordenamentos jurídicos após o ano de 1945, dando gênese aos Tribunais Constitucionais.

² O complemento foi empregado por Eros Grau em um de seus ensaios sobre a Constituição Brasileira de 1988 (BARROSO, 2008).

distante da análise dos fundamentos e princípios constitucionais: é o fenômeno da *filtragem constitucional* que confere validade ao sistema.

Portanto, no Brasil, a partir de 1988, a *atividade jurídica*, que *formalmente* tangencia a *objetividade*, não será mais vista como uma compreensão dos divergentes posicionamentos interpretativos da produção legislativa. Antes será uma análise da vontade e do desejo do *constituente* e do povo à época da positivação da Constituição, bem como o emprego de *novas técnicas de hermenêutica constitucional*³ que regerão o processo de resolução de conflitos normativos, mesmo porque, sob a nova ótica, “as questões legais tornam-se questões constitucionais. A aplicabilidade das normas infra-constitucionais passa a ser a aplicação da Constituição. [é dizer:] Toda interpretação jurídica é, também, interpretação constitucional” (BARROSO, 2008).

Da noção *objetivista-positivista* de *atividade jurídica* deriva a noção de que o *direito formal*, produto monopolizado pelo Estado, é a lei. Falar-se em operacionalidade jurídica sob o manto do *privativismo legalista* era falar da interpretação da *vontade do legislador*, com especial destaque para o *legislador ordinário*. A confusão entre o *direito* e a *lei* e a vinculação dos magistrados ao texto legal, levará ao repúdio de tudo aquilo que não está positivado.

Da noção *subjetivista-constitucionalista*, levantar-se-á a tão esperada superação do positivismo legalista, a reaproximação da ciência jurídica à ética e à filosofia, o reconhecimento da normatividade dos valores e princípios constitucionais, ainda que não escritos, e a revalorização dos direitos fundamentais, com especial destaque para o *princípio da dignidade da pessoa humana*, enquanto *norma principiológica irradiadora*.

A constitucionalização *em massa* do direito, produto da entronização constitucional, levará ao fenômeno da *meta-reflexividade* normativa constitucional, isto é, a inclusão de princípios gerais de direito privado, como imperativos de direito público, e *vice-versa*, a positivação de princípios, valores e regras constitucionais no bojo dos Códigos de Direito Privado.

Somando-se à irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o ordenamento jurídico a já referida *filtragem constitucional*, liderada pelo *princípio da dignidade da pessoa humana*, a constituição será, por meio dos seus programas e tarefas, um instrumento de modificação da sociedade, um mecanismo de re-valorização do indivíduo

³ Luís Roberto Barroso (2008), na mesma Aula Magna ministrado no Supremo Tribunal Federal em 26.06.2008, salientou que o terceiro marco teórico da superação do pensamento romano-germânico do direito é a valorização de uma nova interpretação constitucional, cuja operacionalidade é oportunizada por meio da aplicação da técnica de cláusulas gerais, da normatividade dos princípios, do reconhecimento de colisão de normas constitucionais, da necessidade da argumentação como técnica de decisão e da reabilitação da argumentação jurídica como fundamento de legitimidade das decisões criativas-políticas do Judiciário. Para o autor, os demais marcos teóricos são o reconhecimento da normatividade constitucional e a superação do modelo europeu constitucional, sobretudo da idéia de Constituição como documento político formal.

e de mitigação dos paradigmas mercadológicos: o *ser* passa, então, a ter prevalência sobre o *ter*.⁴

A *técnica jurídica* passa a ter um peculiar caráter *político*, que encontra seu requisito de funcionalidade na validade da *representação popular*, associada à *maioria legislativa* que, por sua vez, legitima-se nos princípios da *separação harmoniosa dos poderes*, na *vinculação do juiz e do legislador à letra da lei*.

A problemática da *judicialização da política* e da ampliação dos instrumentos de tutela constitucional alberga-se, em especial, na situação sob a qual o operador jurídico defronta-se com um litígio já instaurado, levado à sua apreciação, cuja resolução não se encontra em quaisquer comandos legais, em virtude da inércia legislativa em regulamentá-los. Nessas ocasiões, desde o antigo direito romano, ao operador do direito era facultado o manuseio de um instrumento peculiar, o toque daquilo que não promana do *texto legal* com aquilo que é puramente *valorativo*: a *eqüidade* (LEMOS, 2002, p. 157-159).

O ranço privatista imanente à concepção jurídica dos magistrados repudiava a possibilidade da prolação de decisões equânimes, salvo se autorizado o magistrado por lei. Afastando-o do centro do ordenamento jurídico, possibilitou-se a resolução de conflitos por técnicas mais amplas de justiça material, mas que padeciam de particularismos que desvirtuaram a própria finalidade da jurisdição.

A falácia do *dirigismo constitucional*⁸, derruído graças à inexecução de suas propostas socializantes e à manutenção de um controvertido *directivismo constitucional*, que privilegia interesses particularistas face à universalização democrática dos interesses da coletividade, levou a criação de um peculiar *estado de inconstitucionalidade* – a *omissão inconstitucional* caracterizada pela *mora na regulamentação* –, no qual o magistrado se quedava inerte, colocando em xeque a solvabilidade do sistema jurídico (CANOTILHO, 2004, p. 128-129, 144-161, 208-221)

Rapidamente, o *neo-constitucionalismo* e a *entronização constitucional* deram uma solução plausível. Foram positivados nos textos constitucionais instrumentos de fiscalização e garantia da aplicabilidade das normas *definidoras de direitos*, porém de *eficácia limitada*, inovação implementada na Constituição Brasileira de 1988 que levou a *jurisdição constitucional* ao enfrentamento dos seus limites e à determinação do papel dos Tribunais Constitucionais na estrutura democrática dos países. Pontuou-se a questão:

⁸ Refere-se, nesse momento, à gradual valorização do indivíduo com uma máxima kantiana: "As coisas têm valor, as pessoas têm dignidade". Daí se afirmar que o princípio da *dignidade da pessoa humana* será fator de reformulação da ordem jurídica, sobretudo, da então vigente dogmática privatista que se embasa em um patrimonialismo liberal do séc. XIX (BARROSO, 2008).

⁹ Quer-se aludir ao *constitucionalismo simbólico*, fenômeno subjacente à inaplicabilidade das normas constitucionais de eficácia limitada. Crê-se, a partir do dogma simbologista, que a Constituição pode ser alterada pela positivação de normas textuais: que o texto altera a realidade. Ressalte, o *simbolismo constitucional* vai além: acrescentam-se textos normativos que nunca serão postos em prática. A corrente denunciará a gradual tentativa de se abstrair da Constituição sua força normativa e vinculante, por meio da inclusão de dispositivos inócuos, sem qualquer aplicabilidade prática, ainda que dotados de nobilíssimos valores. A panacéia para o simbolismo será a garantia da correta, perfeita e eficaz aplicabilidade dos dispositivos de concretização constitucionais. Mesmo porque tolher-se o mero simbolismo constitucional é concretizar-lhe as normas, garantindo-se sua total aplicabilidade.

defender um *constitucionalismo garantidor de direitos*, cujas soluções adotam um *ativismo jurisdicional*, de cunho flagrantemente *político*, restrito aos limites da *jurisdição*, isto é, das partes em litígio, seria a melhor forma de salvaguardar as regras do jogo democrático?

Nesse sentido, alguns estudiosos do direito posicionaram-se a favor da garantia da *efetividade constitucional* em grau máximo, ainda que fossem relativizados alguns princípios constitucionais em prol da garantia *para todos* de todos os direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, obstados pela falta de norma regulamentadora.

É nesse cenário, envolto pela temática das *teorias da constituição* e da aplicabilidade das normas constitucionais, que se inserirá o presente trabalho, que objetiva demonstrar, por meio de uma análise filosófica, histórica e comparativa, que descambará para uma análise dogmática, a natureza, os efeitos e a amplitude da sentença no mandado de injunção, instrumento conferido pela Constituição de 1988 para a tutela da ineficácia dos regramentos constitucionais.

Querer elaborar um estudo preliminar dos novos horizontes que toma atualmente o instrumento processual constitucional é mais do que um objetivo, é um imperativo para a progressão dos estudos vindouros. Isso porque a ineficácia dos regramentos constitucionais é o maior dos males que pode um ordenamento jurídico padecer, especialmente quando o Estado, sob o qual se estrutura a sociedade, é regido e legitimado por um sistema inócuo.

É da Constituição que emana a essência desse Estado. A valorização dos preceitos plasmados no texto constitucional pede sua urgente garantia e sua máxima efetividade, sob o risco de romper-se com a ordem constitucional posta, a partir do exercício do *direito de resistência do povo*.

A luta da (re)valorização do mandado de injunção é, portanto, a luta da manutenção de um Estado Constitucional que sequer pôde, ainda, chegar à vida adulta. É a luta dos juristas que crêem⁶ nas propostas flexíveis de um *dirigismo constitucional*, preocupado com o espírito de constitucionalidade do povo, com a heteropoiése e com as propostas da modernidade, razão pela qual nos filiamos à proposta canotilhiana⁷.

O problema situa-se na delimitação de quais os efeitos da sentença do mandado de injunção e quais possuiriam correspondência mútua e interdependência para, a partir de sua análise, estabelecer os limites da amplitude do efeito de regulamentação, se é que se pode falar em efeito constitutivo da sentença injuncional.

Para melhor entendimento do tema e da formulação das propostas, buscar-se-á a elaboração, no primeiro capítulo, de um panorama histórico dos modelos de Estado, suas

⁶ Como também se revoltam – que não se confunde com um anarquismo jurídico – ao verem inaplicadas as inúmeras propostas consubstanciadas no texto constitucional conquistadas arduamente nos debates empreendidos nas diversas Comissões e Subcomissões da Constituinte de 1988.

⁷ J. J. Gomes Canotilho bem expressa as considerações apontadas nessa introdução no seu livro “Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional”, publicada em 2006.

teorias constitucionais legitimadoras, e a inter-relação da *teoria dos direitos fundamentais* dos indivíduos – a evolução da conquista de tais direitos e suas diversas *dimensões* – com o *princípio da separação dos poderes*, visando à identificação da gênese do vício de eficácia e inefetividade das normas constitucionais.

No segundo capítulo, será traçado um paralelo das diversas *teorias tipológicas das normas constitucionais* e sua conexão com vício da *inconstitucionalidade por omissão*, conceituando-a e identificando-a no cenário da inefetividade das normas constitucionais, de modo a traçar os principais instrumentos de fiscalização e concretização das lacunas normativas geradas em virtude da mora na regulamentação. Aqui se procurará contemplar os amplos aspectos da jurisdição constitucional, na qual se encontra o instrumento que se discutirá – o *mandado de injunção* e sua distinção da *ação de inconstitucionalidade por omissão* –, apontando as peculiares características do *controle abstrato e difuso de constitucionalidade*, além dos objetivos e proposições dos modelos de *jurisdição constitucional garantista*, em especial, a teoria da *Jurisdição da Liberdade* formulada por Mauro Cappelletti, que possibilita ao magistrado a adoção de técnicas de colmatação das lacunas normativas para a solução do problema da omissão legislativa e, na falta dessa, a formulação de uma regra equânime, com base numa efetiva *Jurisdição de Equidade* (BARACHO, 1984, 111-116).

No terceiro capítulo, analisar-se-á o instrumento injuncional, seus limites e contornos, com enfoque na ausência de regulamentação e a maleabilidade *quase-inconstitucional* que possui o *mandamus*, metamorfoseando-se num instrumento de alcance e objeto ditados pela jurisprudência e pela doutrina, de acordo com critérios de *conveniência* e *oportunidade*. Serão traçados os *pressupostos processuais* da ação injuncional e as *condições do exercício do direito de ação* insculpido no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, objetivando a determinação da *abrangência* do instituto, da *existência de um direito constitucionalmente assegurado*, da *omissão na regulamentação* desse direito e da *mora inconstitucional*, de forma a resgatar conceitos estudados nos dois primeiros capítulos da obra.

Ainda, o trabalho apontará no terceiro capítulo a tríplice natureza da tutela injuncional, isto é, sua *declaratividade*, *constitutividade* e *mandamentalidade*, empreendendo uma breve discussão a respeito dos dois primeiros efeitos da decisão, de sorte que serão debatidas a ampliação do espectro de regulamentação do *mandamus*, a constitucionalidade dessa ampliação de jurisdição deflagrada pelo Supremo Tribunal Federal e a possível usurpação de poderes do órgão Legislativo na concessão de efeitos *erga omnes* à sentença injuncional.

Buscar-se-á provar, como hipótese básica do problema, que a declaração, assim como a regulamentação por meio da carga constitutiva da sentença, opera seus efeitos

somente *entre as partes*, não podendo ser propagada para além dos limites da lide, muito embora, num primeiro momento, possa-se acreditar que seria permitido ao juiz competente fazê-lo. Igualmente, integrando a hipótese principal, tentar-se-á provar que a sentença injuncional possui como principal efeito de coação e inter-relação a *mandamentalidade*.

Na delineação da *constitutividade* se proporá a discussão das três correntes jurisprudenciais existentes nos tribunais pátrios acerca da amplitude do *mandado de injunção*, a saber, a corrente *não-concretista*, a corrente *concretista individual* e a corrente *concretista geral*, bem como o eventual acerto ou erro da Suprema Corte, na adoção da última, no julgamento dos MIs 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA.

Ademais, serão debatidas as razões do problema da inefetividade do *mandado de injunção*, além da apresentação das soluções propostas por Luís Roberto Barroso e por Solon Sehn, a primeira buscando erradicar a injunção do ordenamento jurídico pátrio, por considerá-la desnecessária, e a segunda propondo sua reformulação com a introdução de instrumentos de coerção do legislador ordinário para a produção da norma regulamentar omissa.

Trata-se, portanto, de uma *reflexão dedutiva* em torno de um tema específico, mas que abrange uma temática muito maior, ligando-se inexoravelmente aos objetivos e fins do atual Estado Constitucional de Direito, além de integrar a discussão descortinada após a identificação das crises contemporâneas do Direito, em especial (*déficits democrático, representativo, legalista*, etc).

Destarte, proporcionar-se-á uma visão holística do problema, não poupando esforços no resgate fidedigno da realidade por meio da revisão das inúmeras fontes bibliográficas existentes, muito menos restringindo-nos à especificidade da temática que, como dissemos, é ampla e abrangente. Diga-se: os argumentos são muitos, as propostas são várias, as soluções, poucas.

1 CONSTITUCIONALISMO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 UM CONCEITO: “CONSTITUCIONALISMO”

“Toda discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a Teoria da Constituição”¹ (BERCOVICI, 2004, p. 19), vale dizer, sobre o *historicismo dialético* hegeliano da Constituição-Estado. A questão é saber sob quais pressupostos foram construídos os modelos constitucionalistas; qual o modelo estatal incorporado nas teorias jurídicas dominantes; quais os limites impostos pelo paradigma² constitucional vigente a cada época; há limites traçados?³

A ideologia estruturante das diversas espécies de teoria de governo, àquela que garante minimamente aos particulares direitos em dimensão suficiente à estruturação político-social, J. J. Gomes Canotilho chama de *constitucionalismo*. Nas palavras do publicista:

[...] o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1997, 45-46).

Desta forma, estudar o *constitucionalismo* é analisar os pressupostos fundamentais das inúmeras estruturas organizacionais sociais que comportaram a limitação e a harmonização do poder do governante a fim de traçar o futuro da Ciência Jurídica contemporânea.

La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente (LOEWENSTEIN, 1970, p. 150).

A *contrario sensu*, o constitucionalismo não é senão um esforço de legitimação do poder, revestido sob inúmeras conceituações tais como: separação de poderes, institucionalização de garantias, Estado de direito ou *Rechtsstaat* e *Rule of Law* (BOBBIO *et al*, 2004, p. 248).

¹ Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde “Die Methoden der Verfassungsinterpretation Bestandsaufnahme und Kritik” in *Staat Verfassung Demokratie*, p. 82. V. Ernst-Wolfgang Böckenförde “Grundrechte als Grundsatznormen: zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechts Dogmatik” pp. 195-197.

² Nesta obra o termo *paradigma* deve ser compreendido sob a perspectiva de Thomas S. Kuhn (1987, p. 13) que o descreve como o “conjunto das realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Para o autor, não há discussão científica fora da análise dos paradigmas condicionantes do momento histórico-social vivido pelo cientista. Desta forma, toda reestruturação, ainda que sob o ponto de vista do mesmo referencial teórico, leva ao rompimento de um determinado modo de pensar e, por consequência, a criação de uma nova teoria, ainda que não (totalmente) desvincilhada da anterior.

³ O primeiro ponto de ordem terá, em minha opinião, de ser colocado da seguinte forma: quais as representações ou imagens do Estado e da Constituição que transportamos para a controvérsia? E quais as funções, explícita ou implicitamente acopladas a essas representações? O esclarecimento prévio deste ponto servirá, desde logo, para afastar alguns mal entendidos. (CANOTILHO, 2006, p. 136)

[...] a hodierna definição de Constituição é demasiado ampla, a de constitucional demasiado restrita, para nelas basearmos o significado que hoje possui o termo Constitucionalismo⁴ no pensamento e na ciência política, ou, melhor, naquela parte da ciência política que se preocupa com os problemas da técnica constitucional. Constitucionalismo não é hoje termo neutro de uso meramente descritivo, dado que engloba em seu significado o valor que antes estava implícito nas palavras Constituição e constitucional (um complexo de concepções políticas e de valores morais), procurando separar as soluções contingentes (por exemplo, a monarquia constitucional) daquelas que foram sempre suas características permanentes (BOBBIO *et al*, 2004, p. 247).

Em suma, *constitucionalismo* é o conjunto de ideologias e axiomas que, em determinado período, sob determinadas condições sócio-econômicas, motivaram uma determinada classe social à tomada de medidas de legitimação do poder dominante ou de uma nova estrutura de poderes que lhe garanta minimamente uma parcela do controle político. Essa instrumentalização científico-ideológica, quando reacionária, forçará a reestruturação das doutrinas jurídicas a fim de reformular o cenário político-social da coletividade. Daí a importância do estudo histórico, contextualizando o conceito e o papel das constituições, bem como as teorias do direito que adjetivaram os modelos constitucionalistas de cada período da história moderna⁵.

1.2 CONSTITUCIONALISMO CLÁSSICO E LIMITAÇÃO DO PODER REAL

Muito embora tenha como marco inicial a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Revolução Francesa (1789), a *teoria constitucional clássica* se esteia nas doutrinas contratualistas do séc. XVII e XVIII.

A explosão demográfica da população com a melhoria das técnicas de plantio, evolução do comércio e da moeda e o avanço da medicina colocaram em cheque o poderio real, que se baseava no domínio de um numeroso exército.

No final do séc. XVII o contingente militar real já havia sido superado pelo número de cidadãos (operários, pequenos burgueses, etc.) na Inglaterra, fenômeno intensificado no séc. XVIII.

Era o cenário perfeito para a eclosão das revoltas e levantes populares que culminaram com a quebra do paradigma imperativo do Estado absolutista e com a Revolução Francesa, estruturando um novo Estado liberal em volta de um texto garantidor de mínimos direitos (LASSALE, 2000, p. 59-91).

A tomada de consciência por parte dos populares deu-se, em grande parte, pelo elevado déficit da *representatividade medieval*, que excluía a grande massa da população

⁴ Do ponto de vista filosófico, sublime é o conceito de constitucionalismo dado por N. Matteucci na sua obra *Organizzazione del potere e libertà – Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, Torino, 1976: “[...] o Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar” (BOBBIO *et al*, 2004, p. 247-248).

⁵ Gilberto Bercovici (2004, p. 22) posiciona-se no mesmo sentido: “A Constituição não pode ser entendida como entidade normativa independente e autônoma, sem história e temporalidade próprias. Não há uma Teoria da Constituição, mas várias teorias da Constituição, adequadas à sua realidade concreta. A Constituição não deve apenas estar adequada ao tempo, mas também ao espaço. Sem entender o Estado, não há como entender a Constituição, o que desqualifica a constante hostilidade da Teoria da Constituição contra o Estado”.

da vida política, ao passo que somente incluía a alta burguesia, o clero e a nobreza, representadas pelas confrarias nobiliárias, eclesiásticas e cidadinas, fortalecendo o apelo democrático da *volunté générale* de Jean-Jacques Rousseau.

As pressões dos populares ajudaram, posteriormente, a empreender a ruptura do conceito de *representatividade medieval* para um novo conceito de *representatividade popular*, mecanismo pelo qual o poder legislativo não seria mais expressão de uma restrita oligarquia, mas da nação inteira.

Sendo assim o poder executivo por todo o povo (ainda que não seja diretamente, mas através de seus representantes), é provável que seja também exercitado não arbitrariamente, mas para o bem do próprio povo. Este segundo expediente representa a passagem da concepção estritamente liberal para a democrática. Esta última, tal como foi elaborada por Rousseau (teoria da “vontade geral”), não difere da absolutista (de Hobbes) enquanto diz respeito à definição do poder do Estado e à afirmação da sua ilimitação. As diferenças entre as duas concepções se referem à individualização do próprio detentor do poder e ao modo de seu exercício. (BOBBIO, 1995, p. 39).

O processo justificou-se por diversas condicionantes.

A insatisfação da burguesia emergente com a concentração do poder nas mãos do Rei e com a ilimitada intervenção estatal nas atividades privadas levaram alguns estudiosos aristocratas à formulação de teorias racionalistas que visavam impor limites à atuação estatal por meio de duas técnicas distintas: (a) concessão de direitos aos cidadãos; e (b) separação do Poder Real em funções especializadas.

A primeira técnica de contensão do poder estatal encontrará sucedâneo na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão que, pelo menos em tese, estabelecia: (a) a igualdade civil; (b) a abolição do regime feudal e da imobilidade hierárquica-social; (c) a liberdade religiosa; (d) a liberdade de imprensa e de expressão.⁶

Aliou-se à declaração dos direitos mínimos a idéia dos direitos imanes à condição humana, sustentada por J. Locke em sua teoria da bipartição do poder. A idéia central da doutrina do contratualista inglês era garantir a independência do Poder Legislativo sobre o Poder do Rei, conferindo *legitimidade* à tomada de posições no modelo de *representatividade* então imposto no séc. XVII. César Saldanha Souza Júnior lembra a máxima que vigia à época: “como *ultima ratio*, a comunidade tem direito à revolução (‘apelar ao céu quando não há apelação na terra’)” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 50).

A evolução da teoria lockianiana inserida na *monarquia limitada*⁷ inglesa, em especial com a publicação do *Act of Settlement*⁸, de 12 de junho de 1701, que dissociou

⁶ A 26 de agosto, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De inspiração iluminista, o documento defendia o direito à liberdade, à igualdade perante a lei, à inviolabilidade da propriedade e o direito de resistir à opressão. Como o rei se recusou a aprovar essa declaração da Assembléia, a massa parisiense revoltou-se novamente. Foram as *jornadas de outubro*: O Palácio de Versalhes foi invadido e o rei obrigado a morar em Paris no Palácio das Tulherias. (ARRUDA, 2004, p. 186).

⁷ A distinção entre *monarquias limitadas* e *monarquias absolutistas* é de John Fortescue in *De laudibus legum angliae*. As teorias do Estado Limitado de Fortescue possibilitarão a criação de um modelo de Estado erigido sob normas hipotéticas não legisladas, contudo, lembradas e declaradas por órgãos *ad hoc*. Conseqüentemente, vislumbrou-se na Inglaterra o nascimento da *common Law* (BOBBIO *et al*, 2004, p. 254-255).

definitivamente o Poder Judiciário do Poder Executivo, daria ensejo à segunda técnica de limitação do poder estatal, que buscava a especialização do poder do Rei: é o surgimento da teoria clássica da tripartição dos poderes, apresentada na obra “*L’Esprit des Lois*” (1748) de Montesquieu (1689-1755).

Buscando garantir as linhas gerais à consecução da liberdade⁹, o filósofo francês esboçou um modelo institucional que seria assimilado pela maior parte dos Estados Modernos do séc. XVIII e XIX.

Montesquieu propõe um *modelo* institucional, uma *receita juspolítica* (senão para todo o Ocidente pelo menos para a sua França), que viabilizasse, pela Constituição, a liberdade encontrável na Inglaterra. O modelo pode ser condensado na seguinte fórmula: (a) dividir o poder estatal entre os três órgãos existentes (Rei, Parlamento e Juízes), (b) atribuindo-se a cada um deles uma das três funções em que se poderia classificar a política (função executiva, função legislativa e função judicial) e de uma forma a mais separada ou pura possível, (c) posicionados os três órgãos (com o exercício especializado das respectivas funções) em um mesmo plano de igualdade e de hierarquia, reforçando com mecanismos adicionais de travamento – a *independência e harmonia* de que falam as constituições (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 56-57).

Montesquieu acreditava que ao aplicar a técnica de divisão do poder legislativo e do poder executivo (Poder do Rei) seria possível obter o equilíbrio entre as diversas funções do poder, alcançando a paz social. O iluminista retomou a classificação ternária de Aristóteles sobre as funções governamentais, alocando-as em poderes distintos e equilibrados.

O mérito da doutrina do publicista francês está no fato de que não era preciso conferir formalmente direitos aos cidadãos. A pré-disposição de um espaço de controle adicional no qual os poderes se auto-regulariam em virtude da sua interpenetração seria adequado para a correta fruição de mínimos direitos – o controle de um poder por outro num espaço público de discussão, na acepção de Montesquieu, seria o instrumental garantidor dos direitos dos cidadãos.

A transposição do modelo francês de separação dos poderes à realidade norte-americana forçaria a reformulação do modelo de inter-relação das funções, em prol de uma maior flexibilização do controle. Os órgãos ostentariam funções típicas e atípicas, imiscuindo-se nas atribuições dos outros órgãos quando necessário. É a criação do modelo de freios e contrapesos.

⁸ Foi o Rei William III que finalmente aprovou o Ato do Estabelecimento (espécie de emenda ao *Bill of Rights* de 1689), garantindo a sucessão dos ingleses no trono da nova união de Estados que se fazia sobressair (a Grã-Bretanha), estabelecendo mínimas garantias para os juízes, que somente poderiam ser destituídos pelo Parlamento.

⁹ A liberdade para Montesquieu deve ser entendida como “fazer tudo aquilo que as leis permitem”, que só pode ser encontrada nos “governos moderados”, que para o autor significava a forma de regime misto, na qual os princípios inspiradores da monarquia, da aristocracia e da democracia proporcionariam a limitação, moderação e o equilíbrio da política. (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 56).

Nas palavras de James Madison, o referido mecanismo (*checks and balances*¹⁰), alicerçado na escolha, através de eleições, dos detentores do poder Executivo e Legislativo, bem como na formulação de um mecanismo qualificado de escolha dos magistrados, proporcionou a criação de um ambiente equilibrado e harmonioso das funções estatais, no qual a separação dos poderes não é total, mas parcial, ao passo que permite a integração de um poder ao outro, garantindo a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais¹¹ (CAPELLARI, 2004, p. 33).

A função judiciária acabaria por adquirir maior peso no equilíbrio constitucional dos órgãos estatais.¹² “Isso porque o primado do direito ou da *jurisdictio* sobre o poder exige o robustecimento da função que visa justamente à defesa do mesmo direito” (BOBBIO *et al*, 2004, p. 256).

1.3 “PRIMAVERA DOS POVOS” E APELO SOCIOLÓGICO À CONSTITUIÇÃO

A derrocada do *constitucionalismo clássico* iniciou-se com a eclosão da revolução liberal francesa de 1830 que objetivou contrapor-se às restrições legais de direitos dos cidadãos operadas pela publicação das Ordenanças de Julho¹³. O povo insurgiu-se imediatamente. Depôs o rei Carlos X, levando ao trono seu primo, Luís Filipe I, para governar uma *monarquia constitucional* moderada. Durante longos dezoito anos a França sofreria um influxo econômico. O povo consideraria a política governamental de Luís Filipe I perversa. A eclosão da crise do capitalismo em 1845, principalmente na França, em virtude da péssima safra agrícola e da alta vertiginosa do custo de vida, que atirou à miséria grandes setores da produção rural e reduziu drasticamente a capacidade de consumo de manufaturados, atingiria os grandes industriais e as finanças estatais do país. Irresignada, a massa popular cederia aos apelos dos grupos socialistas que começavam a se agremiar na Europa. A situação dos operários era desesperadora (ARRUDA, 2004, p. 221).

Em 1848, o povo tomou as ruas das capitais¹⁴ da Europa reivindicando as seguintes propostas: (a) a abertura política; (b) o sufrágio universal; (c) a melhoria das condições sociais; (d) a criação de novos postos de trabalho; (e) a garantia de direitos mínimos para os trabalhadores.

¹⁰ Para Barroso (2001a, p. 123-125), o sistema dos freios e contrapesos é uma *garantia política* dos cidadãos, de origem anglo-saxônica, alicerçada na doutrina da separação dos poderes e na sua indispensável harmonia, em conexão às *garantias jurídicas* (meios processuais de proteção dos indivíduos) e às *garantias sociais* (capacidade do Estado prover adequadas condições materiais a seus habitantes, em prol da garantia dos direitos fundamentais).

¹¹ Os Estados Unidos da América só conseguiram chegar ao modelo então apresentado graças a um conjunto de fatores favoráveis, inovando na teoria do *governo misto*, refreado por um espaço público dotado de iguais condições, para qualquer um dos poderes. A mutabilidade assaz célere da estrutura estatal americana que, indubitavelmente, hoje em dia, é a mais evoluída do mundo, só conseguiu galgar a maturidade científica que possui aliando-se a um modelo flexível de jurisdição: a *common law*.

¹² V. Capítulo III desta obra, que trata do assunto com maior profundidade.

¹³ Luís XVIII, em 25 de Julho de 1830, publicou as Ordenanças de Julho que suprimia a liberdade de imprensa, dissolvia as câmaras legislativas, reduzia o eleitorado e permitia a governança por meio de decretos.

¹⁴ Em Paris, dois jovens encontravam-se nas barricadas populares montadas na praça central: Karl Marx e Ferdinand Lassale. Era o prenúncio do apelo social às teorias do direito.

Começava-se a esboçar íntimos contornos entre a realidade social e o Direito, oportunidade ímpar para Ferdinand Lassalle propor uma nova teoria sociológica da constituição. Segundo o autor, a constituição real e efetiva seria identificada no seio da sociedade, em especial, no arranjo esquemático entre as forças sociais dos diferentes setores da sociedade que atuam numa determinada nação. “Por conseguinte, qualquer diploma escrito que não espelhasse tal realidade não passaria de um aglomerado caótico de palavras destituídas de sentido” (PUCCINELLI, 2007, p. 9).

Ao que nos parece, tomada em suas conseqüências, a teoria sociológica desmerece o Direito enquanto ciência normativa, mormente porque a idéia de uma força incontrolável proveniente das relações fáticas não significa outra coisa senão a própria negação do Direito Constitucional, cuja base teoria reside na limitação jurídica do poder (PUCCINELLI, 2007, p. 11).

No conflituoso cenário europeu do final do séc. XIX, a consolidação do ideário democrático e a criação e organização dos partidos socialistas, em especial, na Alemanha, possibilitaram racionalizar as forças de dominação, mediante a construção de teorias científicas neutras, aquém das valorações e divagações ideológicas. A pergunta era:

[...] como construir uma ordem político-constitucional capaz de ser aceita por todas as forças, por todos os partidos e por todos os segmentos sociais, numa sociedade [...] cruamente pluralista, dividida em ideologias tão diferentes (comunistas, socialistas, conservadoras, sociais-cristãs, liberais e reacionárias) e tão antagônicas entre si? (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 86-87).

A resposta foi encontrar uma forma de dividir políticas governamentais da figura do Estado. Buscou-se institucionalizar uma esfera imparcial da Administração Pública, segregando-a das disputas políticas pelo governo, e hipervalorizar a normatividade constitucional, distanciando dela os debates político-ideológicos: eis o positivismo jurídico.

1.4 POSITIVISMO E CONCEPÇÃO JURÍDICA DA CONSTITUIÇÃO

Os positivistas estudaram principalmente o movimento das codificações, retomado na época de Napoleão Bonaparte, abalizando suas teorias numa releitura analítica das obras de Immanuel Kant. A primeira escola a delinear os contornos dessa nova concepção do direito foi a Escola Histórica Alemã¹⁵, tendo como expoente o jurista von Savigny.

A necessidade de codificação de leis civis e criminais será reafirmada na França durante a Assembléia Nacional de 1791-1792 e, especialmente, na Convenção de 1792-1795. Lastrear-se-ão no texto legal o princípio da codificação¹⁶, bem como as raízes primeiras das normas programáticas dirigidas ao legislador¹⁷ (BOBBIO, 1995, p 66-67).

¹⁵ N. Bobbio (1995, p. 49), citando Meinecke, define o *historicismo alemão* sob três perspectivas distintas. Para o autor o *historicista* acredita: (a) na individualidade do homem, tendo em vista a extrema diversidade dos povos; (b) no sentido irracional da história, rompendo com o modelo *racionalista-iluminista* imposto desde as obras dos contratualistas do séc. XVII; (c) no *pessimismo antropológico*, isto é, não acredita no “natural” progresso da humanidade.

¹⁶ Cf. art. 19 da Lei sobre o ordenamento judiciário de 16 de agosto de 1790; e ainda, art. 85 da Constituição Francesa de 24 de Junho de 1793.

¹⁷ Cf. art. 32 de um projeto de lei apresentado por Sieyès em virtude do art. 84 da Constituição Francesa de 24 de Junho de 1793 (BOBBIO, 1995, p. 67).

Sintetizando, Bobbio propõe uma compreensão do positivismo jurídico sob sete características básicas: (a) considera o direito como um fato e não como valor; é objetivo; (b) idealiza uma teoria da coatividade do direito, isto é, o direito é estatal, ao passo que ele possui o monopólio da coerção. Assim, toda norma deteria uma sanção, imputada àqueles que a descumprissem; (c) a lei é fonte principal do direito, seguidas do costume, da doutrina e da jurisprudência; (d) a norma é um comando, possuindo intrínseca imperatividade, contrapondo-se diretamente ao voluntarismo estatal, vale dizer, à tradição da norma consuetudinária; (e) sustenta a teoria da unidade do ordenamento, que é coerente e completo; (f) impõe um método de interpretação mecanicista, no qual prevalece ao elemento constitutivo a declaratividade; os juízes não criam normas, interpretam-nas; (g) introduz a teoria da obediência absoluta da lei válida, eficaz e vigente (BOBBIO, 1995, p. 131-134).

Kelsen, levando às ultimas conseqüências a purificação da ciência jurídica, elaborou as bases do *constitucionalismo normativista* inspirado no positivismo puro. O positivista, aos olhos de Kelsen, não desconhece que na base de toda norma há complexas condicionantes sociais, não expurga de maneira definitiva todas as inspirações filosóficas que se relacionam de maneira intrínseca à constituição. Todavia não inclui no estudo jurídico as causas políticas, sociais e filosóficas relacionadas à produção e à aplicação das normas. “A ciência jurídica, com efeito, não pretende com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto” (KELSEN, 2003, p. 100).

Assim, a constituição passa a ser entendida como norma jurídica fundamental, estruturante do conjunto de leis de um Estado e da vida do povo. De maneira precisa e objetiva García-Pelayo a conceitua como

um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual de uma maneira total, exaustiva e sistemática, se estabelecem as funções fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. A constituição é, pois, um sistema de normas (*apud* SILVA, 2007, p. 29).

Essa forma de compreensão da constituição contrapõe-se radicalmente à teoria sociológica antes esposada. Entendê-la como uma norma-pura superior, coerência do normativismo metodológico, é excluir tudo aquilo que está nela contemplado como direito. A constituição, nesse sentido toma ares abstratos, um *dever-ser*, “sem qualquer pretensão à fundamentação sociológica, política ou filosófica.” (SILVA, 2007, p. 30).

Com a nova teoria da ciência jurídica idealizada por Hans Kelsen foi possível compreender a constituição de duas formas diversas. Do ponto de vista *jurídico-positivo* a constituição é a norma positiva suprema, que regula a criação de outras normas. Do ponto de vista *lógico-jurídico* a constituição serve de instrumento conformador de toda a ordem jurídica, ao passo que se fundamenta num pressuposto lógico de validade de todas as normas, isto é, numa *supra-norma* conformadora (*Grundnorm*).

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 2003, p. 217).

Qualquer uma dessas teorias justificará o direito por si mesmo, em uma espécie de pressuposição-ficção. Ao jurista, não interessa o conceito de soberania estatal: interessa-lhe a eficácia e a validade das normas que legitimam aquela forma de Estado e aquele regime de governo. E a validade das normas é condicionada pela teoria estática (jurídico-positiva) ao passo que todas as normas condizentes com a norma-suprema e com aquelas que lhe dá subsídio são válidas, independentemente da matéria que regulam.

Segundo a natureza do fundamento de validade, podemos distinguir dois tipos diferentes de sistemas de normas: um tipo estático e um tipo dinâmico. As normas de um ordenamento do primeiro tipo, quer dizer, a conduta dos indivíduos por elas determinada, é considerada como devida (devendo ser) por força do seu conteúdo: porque a sua validade pode ser reconduzida a uma norma a cujo conteúdo pode ser subsumido o conteúdo das normas que formam o ordenamento, como o particular ao geral. (KELSEN, 2003, p. 217).

No mesmo sentido, é a lição de N. Bobbio (1995, p. 199):

A primeira característica do ordenamento jurídico, é pois, a *unidade*. [...] Há, realmente, modos e modos de conceber a unidade do direito, e o modo no qual a entende o jusnaturalismo é profundamente diferente daquele no qual a entende o juspositivismo: para o primeiro, se trata de uma unidade substancial ou material, relativa ao conteúdo das normas; para o segundo, trata-se de uma unidade formal, relativa ao modo pelo qual as normas são postas.

A concepção sociológica da constituição formulada após a segunda metade do século XIX, com o positivismo jurídico passaria a girar em torno de sua vigência normativa, “considerada esta, como a praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica”¹⁸ (SILVA, 2007, p. 23).

1.5 PERSONIFICAÇÃO DO ESTADO E “INSTRUMENTALIZAÇÃO DO JURÍDICO”

O novo modelo normativista kelseniano agregado às teorias garantistas de Georg Jellinek, cujas propostas buscavam a criação de uma esfera de direitos individuais dos indivíduos como instrumento de autolimitação do poder estatal, aperfeiçoaram o modelo do Estado liberal então vigente. Era o surgimento do Estado de direito.

A bem da verdade, o Estado de direito foi idealizado sob duas matizes ideológicas. Habermas, empreendendo uma releitura das obras de M. Weber¹⁹, concebeu a evolução da máquina estatal sob uma teoria institucional procedimentalista que defendia a

¹⁸ A teoria pós-positivista do Direito que buscará expurgar a visão objetivista-totalitarista do positivismo normativista kelseniano.

¹⁹ Segundo J. Habermas (*apud* SOUZA JÚNIOR, p. 96) o ícone da teoria weberiana é a afirmação de que a ordem político-jurídica se legitima pelo consenso do povo (percebe-se uma clara “sociologização” do conceito de Constituição) e pela burocratização da sociedade. A burocracia é mantida e remunerada pela sociedade para preservar e garantir os interesses gerais, impessoais e públicos, identificando-se com eles. Por isso que, nas palavras de Habermas, Weber reafirmaria, tantas vezes, que burocratização, socialização e democratização são inseparáveis.

necessidade da criação de tribunais administrativos independentes²⁰. De outro lado, supervalorizou um positivismo normativista que cancelava a especificidade do humano e, portanto, das ciências da cultura. A doutrina sustentava “um hegelianismo, fundado na dialética do sujeito-objeto, dissolvendo as ciências empíricas do social nos delírios idealistas do historicismo” (SOUZA JÚNIOR, 2002, p. 101).

Em Georg Jellinek²¹, verifica-se o ícone do instrumentalismo governamental, que aliado ao positivismo kelseniano, legitimaria o poder procedimentalmente, limitando-o (BERCOVICI, 2004, p. 6).

A teoria de Jellinek entendia a Constituição como um conjunto de princípios jurídicos que definiam os órgãos supremos do Estado, sua criação, suas relações mútuas; que determinavam o âmbito de sua atuação e a situação de cada um dos órgãos em relação ao poder do Estado (à soberania estatal).

[...] se o Estado de direito é só um modo de exercer o poder, o direito não constituirá um verdadeiro e eficaz limite a tal poder, mas será apenas o modelo dele se externar, podendo-se chegar assim, sem paradoxos, a uma forma de despotismo jurídico. Na verdade, a concepção de *Rechtsstaat* foi amadurecendo dentro de um clima de positivismo jurídico, que une seu místico respeito pela lei a um modo de a conceber absolutamente voluntarista, para o qual a lei outra coisa não é senão a imposição do soberano. O direito torna-se assim mera força, eliminando-se a fecunda antítese, fundamental em toda a história do Constitucionalismo, entre o poder e os direitos individuais. (BOBBIO *et al*, 2004, p. 252).

Três foram as características principais esboçadas na doutrina de Jellinek que serão transpostas para a teoria do *Rechtsstaat*, proporcionando sua compreensão como novo e precursor modelo de teoria constitucional: (a) a positividade do direito; (b) o monopólio estatal da produção jurídica; (c) a personalidade jurídica do Estado. Da última característica derivaria a autolimitação do Estado, obrigando submetendo-se pessoalmente

²⁰ A teoria da pentapartição do Poder só será desenvolvida por Zafra Valverde em 1975, com base nos estudos de Joseph A. Schumpeter elaborados em 1942 e publicados sob o nome “*Capitalism, Socialism and Democracy*”. Segundo Zafra, citado por Souza Júnior (2002, p. 99), os poderes se subdividiriam em: Poder de autoridade, que é o órgão de chefia do Estado; Poder deliberante, órgão denominado *Parlamento*; Poder judicial, com função jurisdicional; Poder de direção, órgão cujas atribuições são identificáveis hoje com as de Governo; Poder de Execução, que é o conjunto de órgãos civis e militares da Administração, com funções muito diversificadas, entre as quais estão: (a) a conservação e operação do aparelho burocrático; (b) a aplicação concreta da ordem jurídica; (c) a execução das políticas públicas; e (d) o assessoramento do governo do dia. A teoria de Zafra Valverde abrirá as portas à efetiva concepção de uma constituição econômica, abalizada nas idéias fundamentais de democracia econômica e de administração autônoma da economia. Vital Moreira (*apud* DIAS, 1993, p. 152) lembrará que “a representação de que a democracia política com o seu parlamento, os seus partidos, o seu sufrágio universal, os seus direitos fundamentais, não passa de ilusão quando as condições econômicas impedem o cidadão de efetivamente fazer uso de seus direitos, motiva a idéia de transformá-lo em cidadão econômico. Assim como a revolução liberal tinha criado a cidadania política, era necessário agora atribuir a todos a cidadania econômica [...] Tal como a idéia de constituição se continha a representação de uma nova sociedade e de um novo estado, contra realidade do *ancien régime*, também agora na idéia de constituição econômica se continha a negação da ordem econômica liberal a favor da representação de uma nova ordem econômica”. Arrematando, esclarece Vital Moreira: “a constituição econômica vem a ser o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica, ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicas, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta” (*apud* DIAS, 1993, p. 154). São normas que se imiscuem de modo amplíssimo nos direitos da coletividade, enquanto agrupamento uno de indivíduos submetidos a um determinado ordenamento jurídico, e que, por isso, não perdem seu vínculo da demanda por *socialidade* ou *socialização* que norteia o nascer das Constituições do século XX, como a de Weimar e do México de 1917. Esse fenômeno será flagrantemente incorporado pela Constituição brasileira de 1988.

²¹ Cf. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Reimpr. da 3ª ed. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 505.

aos seus preceitos, de modo a tornar-se sujeito de direitos e deveres (BERCOVICI, 2004, p. 6)

A personificação do Estado de direito, atribuindo-lhe certos deveres, imporá a necessidade da atuação estatal para a consecução dessas políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais conquistados durante o segundo quinquênio do século XIX. A quebra do modelo liberal produzirá um vácuo institucional a ser preenchido pelo novo Estado Social insurgente.

1.6 INTERVENCIONISMO ESTATAL E PROGRAMATICIDADE NORMATIVA

O início do intervencionismo estatal que marcará os Estados Sociais na Alemanha (1919), na Rússia (1918) e no México (1917) inauguraria a era do *constitucionalismo moderno*²². O período é precedido de uma intensa canalização e difusão dos ideais nacional-socialistas que darão fundamento aos processos de unificação dos pequenos Estados Germânicos e Italianos.

A complexa realidade da virada do séc. XIX para o séc. XX somada à dura crítica empreendida por Karl Marx sobre “o caráter ideológico de que se reveste a concepção do Estado como a encarnação formal da razão universal escamoteando a lógica de domínio econômico exercido pelas classes proprietárias dos meios de produção (capitalistas) sobre os trabalhadores” (CAPELLARI, 2004, p. 52), comprometeria as pretensões científicas do positivismo jurídico, demonstrando o quanto desigual é o tratamento formal empreendido pela lei. Em pouco tempo eclodiriam na Europa as revoluções que romperiam com todos os paradigmas jurídicos e constitucionais do Estado de direito.

A imposição de uma nova Constituição prevendo direitos nunca antes contemplados no texto maior atrairia para a órbita da ciência jurídica as ciências “valorativas”. A interpretação, aplicação e concretização das normas constitucionais seriam permeadas por questões sócio-políticas: o Poder Executivo teria preferência na separação dos poderes, relativizando as funções deliberativas antes ressaltadas.

A partir da redefinição do papel do Estado, a própria teoria constitucionalista seria redesenhada. O indivíduo começaria a deter certa supremacia perante o órgão estatal, submetido ao atendimento dos direitos do homem, dos direitos humanos e, por via de consequência, dos direitos naturais de todo cidadão.

²² Com o desenvolvimento das idéias socialistas, o constitucionalismo ocidental dá início à tentativa de juridicização do processo econômico e social, nas experiências pioneiras da Constituição mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919. Seria exagero polemizar o êxito dessas Cartas e de outras que lhes seguiram a inspiração, a despeito da grande evolução havida. É que os direitos individuais e políticos, consolidados pelo liberalismo, impunham ao Estado, basicamente, deveres de abstenção, ao passo que os novos direitos econômico-sociais exigem prestações concretas para serem satisfeitos, e, portanto, são de realização muito mais difícil [...] Ademais, o processo de juridicização dos fatos político-econômicos, sem desprender-se de seu indispensável ímpeto transformador, não pode perder sintonia com a realidade, num avanço teórico ineficaz. (BARROSO, 2001a, p. 70-71).

A peculiar característica das Constituições sociais promulgadas após 1917, a saber, a excessiva carga de programaticidade constitucional e a grande previsão de *normas constitucionais abertas*²³ – isto é, normas constitucionais de eficácia limitada, as quais deixariam ao legislador ordinário a regulamentação de matérias constitucionalmente asseguradas –, levariam à inaplicabilidade de seus preceitos e à indubitável falência do Estado social de direito, principalmente num cenário político incerto, marcado pela multiplicidade de partidos sem a representatividade necessária ao efetivo exercício da democracia²⁴.

A total falta de coercibilidade das normas constitucionais imersas num modelo kelseniano, que via o direito como instrumento de moderação e controle do poder, por certo, facilitaria a estruturação de um Estado nacionalista (ultra)militarizado e a desestabilização da Constituição de Weimar de 1919.

1.7 O “INVERNO EUROPEU”: UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA DA CONSTITUIÇÃO

A insatisfação das camadas populares com a falta de efetividade da constituição e a estruturação do estado sob a livre associação partidária sustentaria um ambiente propício para a ascensão ao poder dos partidos sócio-democratas e da sombra do comunismo. Nas palavras de José Jobson Arruda (2004, p. 431):

O intervalo entre as duas guerras mundiais não passou de uma trégua. Nessa medida, a Grande Guerra nada mais fez do que preparar a Segunda Guerra Mundial. O comportamento das nações vencedoras foi revanchista, especialmente o da França em relação à Alemanha. Os vencidos desgastados pela guerra e sobrecarregados com seus compromissos financeiros para com os vencedores (indenização e reparações), viram crescer seus problemas econômicos e sociais. Na Itália e na Alemanha, o descontentamento da população deu oportunidade ao surgimento de partidos totalitários – fascista e nazista –, culminando na implantação de Estados militaristas expansionistas, com forte apelo nacionalista.

A repercussão da teoria constitucional de Carl Schmitt somada ao apelo sócio-democrata dos partidos insurgentes levaria ao colapso dos Estados de Providência. O cenário político global seria agravado pela crise e decadência do modelo capitalista durante a década de 30 do séc. XX. O capitalismo encontraria seu ápice na abertura do mercado de capitais para pequenos empresários e pessoas do povo que almejassem investir. A prosperidade²⁵ da década de 20 levou à intensificação das negociações nas bolsas de

²³ “Quanto se fala na necessidade de normas abertas pretende-se dizer que as normas constitucionais devem ser planificadamente indeterminadas, de modo a deixarem aos órgãos responsáveis pela sua concretização o espaço de liberdade decisória necessária à adequação da norma perante uma realidade multiforme e cambiante” (CANOTILHO, 2001, p. 193-196).

²⁴ Nesse cenário de positivação de direitos sociais, “um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

²⁵ O fenômeno da prosperidade foi particularmente notável nos Estados Unidos, onde a expansão do consumo e da produção se estimulavam reciprocamente ampliando à margem de lucro dos capitalistas. O consumo se expandia aceleradamente, alimentado por diversas razões: o aumento dos salários reais resultante dos ganhos de produtividade ou deliberadamente elevados pelos empresários para dinamizar o mercado, como fez Henry Ford a destruição do espírito de poupança por causa da crise monetária, e a ampliação dos seguros sociais, que estimulavam o gasto em bens de consumo e serviços; a ampliação do crédito voltado para o consumo, responsável por 15% das vendas realizadas no mercado em geral e por 60% no mercado

valores, culminando na crise de 1929²⁶ e na Grande Depressão dos anos 30. “Os problemas internos eram em parte sociais e ideológicos, em parte econômicos” (CHOMSKY, 1996, p. 111).

Com exceção da União Soviética, cujo desenvolvimento econômico se realizava fora do restante da economia mundial, pelas características peculiares de seu sistema, o perfil dominante no pós-guerra era definido por violentas flutuações de conjuntura, acompanhadas por fortes variações na taxa de crescimento econômico. A enorme instabilidade monetária causava insegurança nas transações comerciais e arruinava a poupança; as profundas alterações no capitalismo liberal, atingido na sua credibilidade, e a progressiva intervenção do Estado na economia levavam ao dirigismo e, no limite, à planificação [...] Era preciso abandonar o sistema *capitalista liberal*, limitando o poder dos capitalistas e aumentando a renda dos consumidores, através do dirigismo econômico e da intervenção do Estado na economia de forma mais energética (ARRUDA, 2004, p. 395, 403)

O baluarte do *dirigismo econômico* então vigente pôde ser encontrado no plano conhecido como *New Deal*²⁷, quando Franklin Delano Roosevelt formou uma equipe de cientistas econômicos, sociais e políticos e implantou reformas mais audaciosas, pressupondo a adoção de *medidas financeiras energéticas, combate ao desemprego, estímulo para a agricultura, indústria e comércio exterior*. O dirigismo constitucional açambarcou a maioria das constituições ao longo do mundo. Estava instalada uma nova era do *constitucionalismo moderno*.

Foi o período marcado pela ingerência da constituição no plano político, o que levou alguns estudiosos a questionar a mera juridicidade da natureza constitucional. Em sua obra *Verfassungslehre*, publicada em 1928²⁸, Carl Schmitt introduziu a idéia de que as

de automóveis; a baixa dos preços agrícolas, que permitiu o deslocamento do poder aquisitivo para o consumo de produtos industriais e serviços. Finalmente, a atuação crescente da publicidade, que estimulava o consumo criando novas necessidades para os consumidores [...] Por todas essas razões, os Estados Unidos concentravam, em 1929, 44,8% da produção industrial do mundo. As sociedades financeiras constituídas para a formação de conglomerados, os *holdings*, que dominavam um grande conjunto de empresas, expandiram-se enormemente. (ARRUDA, 2004, p. 396).

²⁶ A crise de 1929 foi causada, sobretudo, pela insistência norte-americana em manter depois da guerra o mesmo ritmo de produção alcançado no seu transcurso, quando abastecia os países envolvidos no conflito, fornecendo desde gêneros alimentícios até produtos industrializados e combustível [...] A política do governo, essencialmente liberal, não cogitava em intervir na produção; os empresários, por sua vez, só viam seus interesses imediatos, logo, não concordavam com essa solução [...] Em 1929, 5% da população americana concentrava 35% da riqueza gerada no país [...] Os capitais investidos por empresários americanos no exterior, com garantia do próprio governo, foram bruscamente retirados: a consequência imediata foi a diminuição das exportações americanas [...] No plano interno, os grandes estoques acumulados de cereais começavam a afetar os preços dos produtos agrícolas pelo simples fato de se saber de sua existência: os preços foram baixando, tornando difícil a situação dos fazendeiros, que começaram a falir por não poderem pagar suas dívidas [...] A produção industrial chegou a exceder consideravelmente o consumo; as indústrias começaram então a diminuir o ritmo de produção, deixando grandes massas de operários sem emprego [...] Estava formado um círculo vicioso: quanto mais produtos sobravam, maior era a paralisação da produção; quanto menos as fábricas trabalhavam, maior era o número de desempregados, menor o consumo e pior a situação geral. (ARRUDA, p. 398-401).

²⁷ Os resultados decorrentes da aplicação do *New Deal* não se fizeram esperar. No plano econômico, o número de desempregados reduziu-se de 14 para 7,5 milhões de 1933 a 1937; os preços subiram 31%, a produção industrial 64%, a renda nacional 70% e as exportações 30%. No plano social, o sindicalismo foi reforçado, passando de 2 para 10 milhões de filiados entre 1932 e 1941 em 1936, foi constituída uma central sindical nova, de caráter bastante agressivo, que agrupava os sindicatos por ramos industriais. No plano político, ficaram garantidas as responsabilidades econômicas e sociais do governo federal, em detrimento dos estados ou das empresas (ARRUDA, 2004, p. 405).

²⁸ No mesmo ano de 1928, Rudolf Smend publicou seu livro “Constituição e Direito Constitucional”, em que debateu uma teoria da integração como solução à segregação positivista. Smend inverteria os paradigmas então dominantes propondo uma teoria da constituição que alteraria o ponto referencial de análise: a Teoria Geral do Estado. Não se pensaria mais, a partir de Smend, nas Constituições sob a ótica estatal vigente. Pelo contrário, pensar-se-ia numa estrutura política orientada e condicionada pela Constituição. “A Constituição é a ordenação jurídica do Estado, ou melhor, da dinâmica vital na qual se desenvolve a vida do Estado, isto é, de seu processo de integração. A finalidade deste processo é a permanente reestruturação da realidade total do Estado: e a Constituição é o modelo legal ou normativo de determinados aspectos desse processo” (*apud* BERCOVICI, 2004, p. 8). A Constituição seria uma ordem integradora, graças aos seus valores materiais próprios. Ao se constituir como um estímulo, ou limitação da dinâmica constitucional, estruturaria o Estado como poder de dominação formal. Muito embora

constituições nada mais seriam do que *decisões políticas fundamentais*. A essência de uma constituição não poderia ser descoberta numa lei ou qualquer outro documento escrito que a descrevesse. Para o autor, o que efetivamente haveria por detrás da positivação de normas ditas fundamentais seria a *decisão política do titular do poder constituinte*, seja do povo nos regimes democráticos, seja do monarca nas monarquias autênticas (SILVA, 2007, p. 29).

O *garantismo constitucional* dos direitos sociais seria perversamente mutilado pela concepção política da Constituição idealizada por C. Schmitt e pelos regimes totalitários que a adotariam. Os partidários socialistas, sob o pretexto de conferir maior efetividade às normas constitucionais, erigiriam ditaduras juridicamente legitimadas que logo se converteriam em Estados-Absolutistas regenerados. O poder seria concentrado na figura do Ditador; do *Führer*. Eclodiria, nesse contexto, a 2ª Guerra Mundial²⁹.

As atrocidades³⁰ desse conflito influenciariam a humanidade em todos os sentidos. Na teoria constitucional, juristas do mundo todo uniriam esforços no intuito de relativizar o extremismo do positivismo purista e frear quaisquer tipos de ingerências ditatoriais que tolhessem os direitos dos cidadãos. Embora postos em prática, os objetivos³¹ da guerra nunca seriam alcançados: suas conseqüências, porém, nunca superadas. Uma nova era começava e conjuntamente teorias constitucionalistas eram criadas para justificá-la: o *constitucionalismo pós-moderno* foi idealizado.

Smend tenha tentado minimizar os exageros do positivismo purista de Kelsen e Schmitt, sua teoria só viria a ser resgata após o término dos conflitos que marcariam a humanidade nos anos de 1939 a 1945.

²⁹ Na verdade a maior parte dos países foi empurrada para a guerra. Os poloneses não tiveram escolha. Os franceses foram arrastados pelos ingleses. Os russos e os americanos esperaram até que Hitler os atacasse. Somente o governo britânico desejou a guerra por espontânea vontade. Mas não estava preocupado com o fascismo, nem tampouco salvar a Polônia. Declarou a guerra por orgulho nacional. (TAYLOR, 1968, p. 1805).

³⁰ Sobre tudo com a utilização de armas de destruição em massa. Nesse sentido, lembra Jobson Arruda: Os Estados Unidos exigiram rendição incondicional [do Japão] conscientes de sua força, pois desde 1942 a operação Mannhatan, denominação do projeto secreto que conduziria à bomba atômica, estava em andamento, com a anuência de Churchill e Roosevelt. Diante do impasse, em agosto de 1945 o presidente americano Harry Truman, de comum acordo com Churchill, decidiu-se por lançar a bomba, cujo poderio destrutivo era presumido, mas do qual não se tinha certeza. Um ultimato foi dado ao Japão, sua última chance de render-se, pelos aliados reunidos em Postdam. A negativa japonesa disparou a arma mortal, inaugurando a era atômica [...]. A mais terrível decisão da guerra tinha sido tomada: lançar a bomba atômica. O mundo, depois dessa experiência, jamais seria o mesmo. De fato, a explosão foi tão violenta que superou em muito a expectativa dos cientistas que produziram a arma (leia-se Oppenheimer). De uma forma pavorosa, em segundos, morreram milhares de pessoas, em sua grande maioria civis, seguindo-se uma onda de calor com temperaturas tão altas que eram capazes de fundir pedras e descarnar as pessoas, atrás da qual o deslocamento de ar provocou ventos com velocidade de até 800 quilômetros horários, arrasando tudo num raio de 3 quilômetros. (ARRUDA, 2004, p. 444-445).

³¹ A II Guerra Mundial foi, em grande parte, uma repetição da I. Houve diferenças óbvias. A Itália lutou do lado oposto, embora modificasse sua posição antes do fim. A guerra, que começou em setembro de 1939, travou-se na Europa e na África do Norte. Confundiu-se no tempo, embora não no espaço, com a guerra no Extremo Oriente, iniciada em 1941. As duas continuaram distintas, embora a guerra no Oriente criasse sérios embaraços à Grã-Bretanha e aos Estados Unidos. A Alemanha e o Japão jamais uniram suas forças, e o único ponto de contato real entre as duas guerras foi o momento em que o ataque japonês a Pearl Harbor levou Hitler, muito erroneamente, a declarar guerra aos Estados Unidos. A guerra europeia e sua origem podem ser tratadas como um episódio em si, com o Extremo Oriente proporcionando, por vezes, cenas ocasionais fora do palco. Na II Guerra Mundial os mesmos aliados europeus lutaram contra os adversários da I. Embora a maré das vitórias subisse e descesse com mais violência, ela acabou quase do mesmo modo – com a derrota da Alemanha. A ligação entre as duas guerras vai mais fundo. A Alemanha lutou especificamente na segunda para modificar o veredicto da primeira e destruir as posições que a ela se seguiram. Seus adversários lutaram, embora menos conscientemente, para defender tais posições – o que, para sua surpresa conseguiram. Houve muitos projetos utópicos enquanto a II Guerra Mundial estava em processo, mas no seu término quase todas as fronteiras da Europa e do Oriente Próximo foram restabelecidas sem modificações, com exceção – e certamente uma exceção considerável – da Polônia e do Báltico. Pondo de lado essa área do nordeste da Europa, a única modificação séria do mapa, entre o Canal Inglês e o Oceano Índico, foi a transferência da Istria da Itália para a Iugoslávia. A I Guerra destruiu velhos impérios e deu vida a novos Estados. A II Guerra não criou novos Estados e destruiu apenas a Estônia, Lituânia e Letônia. Se perguntarmos simplesmente “Qual o motivo da guerra”, a resposta em relação à I será: “Para decidir como a Europa seria refeita”; mas para a II, será apenas: “Para decidir se essa Europa refeita deveria continuar”. A I Guerra explica a II e, na realidade, a provocou na medida em que um acontecimento provoca o outro. (TAYLOR, 1979, p. 38-39).

1.8 A DIMENSÃO FORMAL E MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

No pós-guerra o campo de debate das normas constitucionais e, conseqüentemente, de sua aplicabilidade e eficácia seria ampliado: buscar-se-ia abranger toda a sociedade e não só o Estado. Juristas como Konrad Hesse criariam conceitos tal qual “ordem jurídica fundamental da comunidade”, resgatando a crença jusnaturalista da existência de uma supra-normatividade. O autor explicaria que a eficácia da Constituição se ligaria à efetivação das normas no plano fático, em especial à qualidade e efetividade das políticas econômico-sociais que visassem sua implementação.³² “Para que a Constituição possa se adaptar às mudanças que tipicamente ocorrem nos fatores reais de poder, deve-se limitar o texto constitucional a poucos princípios fundamentais” (BERCOVICI, 2006, p. 10).

As teorias de Hesse e Smend possibilitaram a valorização da dinâmica constitucional, já afirmada por Kelsen na *Teoria Pura do Direito*, erigindo um novo modelo de estudo constitucional. Encarar a constituição sob um aspecto político, social e jurídico proporcionaria uma visão materialista de seu conteúdo, isto é, a análise de certas matérias que de forma imprescindível estariam contempladas no bojo do texto, seja por razões políticas, seja por razões sócio-organizacionais. As Constituições demonstrariam que vão “além de sua normatividade”³³ (BERCOVICI, 2004, p. 10).

Nos tempos atuais a teoria constitucional, derivada do *constitucionalismo clássico* e *moderno*, deixou três características básicas: (a) a codificação das normas fundamentais num documento escrito, cujo fundamento pode ser encontrado

[...] no próprio conteúdo das normas, que se impõe por sua intrínseca racionalidade e justiça, e em sua fonte formal, isto é, em sua emanção da vontade direta e soberana do povo, manifesta por meio de uma Assembléia Constituinte e/ou *referendum*; (b) as constituições modernas não podem ser modificadas sem a adoção de procedimentos específicos: é a superação da constituição face ao poder legislativo; (c) a existência de um órgão *ad hoc* ou do mais elevado órgão do poder judiciário que, além de dirimir os eventuais conflitos entre os diversos órgãos do estado, zela pela conformidade das leis, e, por conseguinte, de sua aplicação, com as normas fundamentais (BOBBIO, 2004, p. 255).

³² Sobre a evolução da teoria constitucional de Lassale empreendida por Konrad Hesse (1991, p. 10-11), explica o autor alemão: “Considerada em suas conseqüências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético e extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluída e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria negação da Constituição jurídica. Poder-se-ia dizer, parafraseando as conhecidas palavras de Rudolf Sohm, que o Direito Constitucional está em contradição com a própria essência da Constituição”. Hesse propõe a análise da realidade fática somada à realidade jurídica para possibilidade de interpretar satisfatoriamente o conceito de ordenamento jurídico, rompendo com a radical separação empreendida por Kelsen. Barroso (2001, p. 59-61, 64-65), por sua vez, indicará a existência de uma Constituição *nominal*, que surge da coesão entre a Constituição normativa (jurídica) e da Constituição semântica (real), evidenciando o fato de que a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, antes conserva um caráter educativo e prospectivo. O embate será travado entre a consciência coletiva do povo em fazer valer as normas constitucionais (*Wille zur Verfassung*) – a aspiração constitucional –, e os pressupostos sociais e econômicos que imperam na realidade fática. Irremediavelmente, as normas constitucionais serão inaplicadas, evidenciando a *insinceridade normativa*.

³³ A norma constitucional somente logra atuação quando procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida (HESSE, 1991, p. 18).

O imperativo da rigidez constitucional³⁴, denunciado após a modificação indiscriminada das constituições pelos totalitarismos dos anos 40, ligar-se-ia à força normativa dos seus preceitos, ao passo que as freqüentes reformas operadas ao longo do século XX evidenciaram a fragilidade da estabilidade político-social das Constituições flexíveis. A problemática lassaleniana da “folha de papel” e das “forças reais de poder” seria transposta para a dialética Constituição material *versus* Constituição formal, cuja influencia inegável é permeada por conceitos kelsenianos.³⁵ Até mesmo Kelsen, após a 2ª Guerra Mundial, numa polémica discussão acadêmica com C. Schmitt, reavivou a longa discussão entre o sentido material e formal das Constituições, abrindo espaço ao fortalecimento do neo-positivismo.

A verdade é que a teoria da Constituição *em sentido material* vem denunciar o papel desempenhado pelas forças políticas na fixação, num ordenamento jurídico, dos princípios organizativos e funcionais basilares para a vida do cidadão, que se identificam como elemento formal do texto constitucional, em total contraposição ao elemento dominado, que nos ordenamentos jurídicos dos estados democráticos tende a ser camuflado pela previsão de direitos constitucionais, cuja eficácia não é ampla e ilimitada. Essa parcela fragilizada do corpo social detém tímida, mas necessária participação no poder político. Vergottini, a respeito, lembra que, tanto nos sistemas políticos autoritários, quanto nos democráticos, “são as forças políticas que caracterizam o ordenamento representado pelos princípios e fins constitutivos da Constituição material” (BOBBIO *et al*, 2004, p. 260).

Em apertada síntese, pode-se conceituar a Constituição *em sentido material* como o conjunto de preceitos escritos que regulam a estrutura estatal de um país, sua organização política e os direitos fundamentais que são outorgados ao povo. Funda-se no conteúdo substancial das normas: é o reflexo de toda a estrutura finalística e axiológica da sociedade, devendo o processo cognitivo levar em consideração seus aspectos históricos e prospectivos. Daí falar que constituição é um conjunto de cargas valorativas e ideológicas de uma sociedade, albergadas num texto positivado, a cada dia reestruturando-se num eterno devir. A Constituição *em sentido material* é uma Constituição hegeliana³⁶. De outro

³⁴ José Afonso da Silva (2006, p. 40-42) diferencia as Constituições quanto ao conteúdo (formais ou materiais) e quanto à estabilidade (rígidas, flexíveis ou semi-rígidas). Para o autor a rigidez constitucional estaria ligada diretamente a sua estabilidade e indiretamente ao seu conteúdo.

³⁵ Cf. Konrad Hesse (1991, p. 25) in “Die Normative Kraft der Verfassung” não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas. A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição do poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. Somente quando os pressupostos sustentadores da normatividade constitucional não fossem alcançados, os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (*Rechtsfragen*) se converteriam em questões de poder (*Machtfragen*).

³⁶ Indaga-se, ao primeiro relance: se uma sociedade, por circunstâncias diversas de sua formação, é marcadamente autoritária e tem um código repressivo de relações sociais, devem o constituinte e o legislador ordinário curvar-se a esta conjuntura e

lado, a Constituição em *sentido formal* é a sistematização unitária das normas. É o movimento lógico-dedutivo de vinculação das normas, caracterizando-se por sua abstrativização. É um conjunto de normas que, muito embora não se revistam da essencialidade constitucional, são inscritas na lei maior para garantir certa regência normativa, pouco importando seu conteúdo (BEZERRA, 2006, p. 4-5).

Da racionalização do dualismo *formal-material* dos sentidos de uma constituição, o corpo social adquire certo sentimento (espírito) constitucional que Barroso identifica como o “resultado último do entranhamento da constituição na vivência diária dos cidadãos, criando uma consciência comunitária de respeito e preservação, como um símbolo superior, de valor afetivo e pragmático” (BARROSO, 2001, p. 48). Daí afirmar que a constituição não conforma determinada realidade fática, muito menos uma escolha política “x” ou “y”.

Em outras palavras, a mudança de paradigmas empreendida pelo novo método de compreensão da constituição ampliaria a “politicidade” das normas constitucionais, ao passo que estariam abertas à concretização do legislador, e seu “caráter sociológico”.

Desta forma, as normas que não fossem recepcionadas (de algum modo) pelo corpo social não teriam eficácia. A contribuição à reformulação do positivismo jurídico à nova compreensão da justiça nascida a partir das teorias de John Rawls e de Habermas auxiliaria na modificação do fenômeno jurídico, especialmente no resgate de expressões tais como *senso constitucional* e *espírito de constituição* atribuindo uma maior responsabilidade ao corpo social, agora dotado de uma potencial soberania popular.

A proposição de Habermas rompeu com o modelo de racionalização do direito, fundado em conceitos absolutos e universais. Para ele, a razão normativa estaria fixada sob a forma de procedimentos, variáveis ao longo do tempo. “A razão não tem, pois, sua sede no sujeito epistêmico, como o queria Kant, mas, sim, na organização intersubjetiva da fala.” (CAPPELARI, 2004, p. 73).

Portanto, o debate filosófico estruturado em torno do projeto da Modernidade repercute sobre o constitucionalismo na medida em que se torna aguda a denúncia de que o direito moderno acabou, após a longa jornada articulada em torno de uma expectativa de normatividade emancipatória, por tornar-se refém de uma concepção positivista que o restringe do processo de luta pela liberdade política e edificação de uma sociedade moralmente justa, acaba por servir de técnica de organização social, em que o cidadão se torna refém, agora não mais somente do soberano político, mas da economia (CAPPELARI, 2004, p. 75).

Os críticos frankfurtianos, ao estudar as condicionantes do *constitucionalismo moderno*, elaboraram a fusão de conceitos valorativos materialmente inscritos na constituição, como *métodos de interpretação*³⁷ das normas constitucionais.

cristalizá-la nos textos normativos? Parece intuitivo que não. Logo, a ordem jurídica não é mero retrato instantâneo de uma dada situação de fato, nem o Direito uma ciência subalterna de passiva descrição da realidade (BARROSO, 2001, p. 48-49).

³⁷ O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se. O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato.

A crítica apoiou-se nas idéias de Nietzsche e Heidegger, que esvaziaram substancialmente todos os conceitos de direito político da Modernidade, tais como a soberania popular, contrato social, legalidade, Constituição, pretendendo, posteriormente, preencher as lacunas remanescentes.

Não apenas o Estado constitucional edificado para responder aos ideais da burguesia do século XVIII é um fracasso, mas o direito político, insuscetível, em seu movimento de autofundação, de chegar à sua fixação conceitual, extraviou-se – como toda cultura moderna – no impasse margeado pelas pretensões de subjetividade [...] a superação do paradigma jurídico da Modernidade passa pela fundamentação das possibilidades da razão (questão epistemológica); pela estruturação de uma nova teoria geral do direito, capaz de superar o positivismo jurídico, principalmente a partir da matriz redutora de Kelsen, e, finalmente, recolocar o tema de interpretação da Constituição (hermenêutica), a partir da assunção de uma nova metodologia, que possa dar conta dos conflitos de valores inerentes à posituação de pretensões normativas contraditórias através dos princípios constitucionais (CAPELLARI, 2004, p. 75-77).

Do embate doutrinário, viriam os pós-positivistas a conceituar sua teoria como uma “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2001b, p. 19), isto é, uma questão de princípios, de efetividade constitucional e de reformulação da arcaica teoria do direito.

Sob a pretensão de solucionar o debate acerca da imposição do direito à política estatal ou vice-versa, o pós-positivismo, sobretudo na distinção erigida por R. Dworkin, elaboraria um método de compreensão diferenciada da relação de validade/eficácia das normas na teoria do direito, combinando a proposta normativista kelseniana com a proposta sociológica de Hart.

Segundo asserção consolidada, *regras* seriam proposições normativas aplicáveis sob o dualismo “*all or nothing*”. Se adequado ao caso concreto, ocorrendo as hipóteses de sua aplicação, deve ele imediatamente incidir seus efeitos, de modo direto e automático. Por sua vez, *princípios* possuiriam uma carga valorativa mais acentuada, um fundamento ético amplo, uma decisão política relevante, direcionando sua aplicação ou um conjunto de regras e de outros princípios a ele coligados.³⁸

Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da posituação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (BARROSO, 2001b, p. 18-19).

³⁸ A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação. (BARROSO, 2001b, p. 21-22). E se diria mais. A valorização dos princípios e, por conseguinte, do neo-positivismo encontrou guarida na insuficiência do modelo de solvabilidade judicial, em especial quando o Judiciário com os famosos *hard cases*. A verdade é que a inércia do legislador freqüentemente constatada na realidade constitucional do séc. XX e XXI importará na interpretação de valores de princípios sempre em zona de penumbra, recorrendo, em muito, os intérpretes aos chamados *topói* de argumentação. Os *topói* são frases feitas – lugares comuns, ingredientes indispensáveis para vários argumentos – que aceitamos sem questionamentos, não são sempre premissas confiáveis de um argumento, mas não porque o seu conteúdo seja necessariamente falso, mas porque a verdade que

R. Alexy compreenderá os princípios como “normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade” (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 247-249).

A teoria superaria, então, o legalismo fanático do positivismo purista³⁹ justamente por sustentar uma supra-normatividade imanente ao ordenamento jurídico do estado: não somente as leis (regras) possuíam normatividade, mas valores e princípios o contemplariam. Não operaria a teoria recursos e argumentos metafísicos ou abstrativistas, pelo contrário, reconheceria valores compartilhados por toda a comunidade inscritos como princípios orientadores do direito (BARROSO, 2001b, p. 31), verdadeiros conteúdos materiais construídos através de uma racionalidade não-linear, calcada no consenso social, “através de uma racionalidade comunicativa, capaz de produzir consensos intersubjetivos em torno de proposições cuja validade é criticável.”⁴⁰ (CAPELLARI, 2004, p. 83)

A adoção desse critério amplo necessariamente estaria vinculada a uma abertura de sua interpretação, a toda sociedade, efetivando os princípios democráticos do Estado constitucional de direito. As questões que adviessem das impropriedades interpretativas seriam solucionadas apenas no caso concreto. É a valorização do papel do intérprete, em busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da constituição (BARROSO, 2001b, p. 32) e limitada pelos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e, sem perder de vista, pelos demais princípios albergados no texto constitucional.

O princípio, com certeza, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. A razoabilidade, contudo, abre ao Judiciário uma estratégia de ação construtiva para produzir o melhor resultado, ainda quando não seja o único possível, ou mesmo, aquele que, de maneira mais óbvia, resultaria da aplicação acrítica da lei (CAPELLARI, 2004, p. 89).

Ademais, a reformulação do positivismo purista a partir da correlação entre normas e fatos sociais proporcionaria a formulação de uma *concepção estrutural da*

encerram não valem sem matizações. Frise-se, ponderar tornar-se um imperativo de justiça na ciência pós-positivista contemporânea, porque “onde existe dúvida, não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha” (*apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 22).

³⁹ Mesmo porque o (a falácia do) formalismo – dito, esmagamento do espírito pela letra da lei – seria uma concepção defensável se não fosse porque raramente um texto pode ser interpretado num único sentido. Então porque sustentar uma valorização da ciência interpretativa e da ponderação de normas principiológicas (valorativas). Nas palavras do juiz americano Oliver Wendell Holmes (*apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 22) “não é completamente verdadeiro que na realidade prática (e eu não conheço razão alguma pela qual a teoria deveria estar em desacordo com a realidade dos fatos) uma dada palavra, ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro. Qualquer palavra tem geralmente vários significados, inclusive no dicionário”.

⁴⁰ Citando Habermas, Capellari expõe (2004, p. 85): Tanto as atividades não-lingüísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional, contudo o modo específico de empregar o saber decide sobre o sentido da racionalidade, que serve como medida para a sucessão da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, estaremos partindo da idéia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. Pressupondo o uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala, descobriremos a idéia de racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungsrationallität*), que numa teoria do significado pode explicitar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala.

*constituição*⁴¹, mesclando conceitos esboçados pela teoria sociológica e teoria jurídica antes abordadas.

1.9 AS “MODERNIDADES TARDIAS” E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A análise da história constitucional brasileira deixará transparecer claramente a circularidade e dialética dos direitos sociais, características intrínsecas à historicidade que:

Inicia com a reivindicação de positivação de direitos sociais – que acabaria destruindo os postulados criados pelo positivismo, desde sua concepção estritamente normativa, até seus instrumentos técnicos (como a solução de antinomias do sistema, por exemplo) –, chegando ao paroxismo das cartas portuguesa e brasileira acabando com uma dura crítica dos exageros constitucionais (CAPELLARI, 2004, p. 56).

Muito embora evidenciado o problema da ineficácia das constituições sociais, em virtude da alta carga de programaticidade⁴² de suas normas e da ausência de regulamentação desses preceitos, o constitucionalismo brasileiro optou por adotar desde 1934 a orientação democrático-social intervencionista, quiçá para abrir caminho à derrocada da democracia brasileira e ao início de um “Estado Novo”.

Sempre alerta às nuances e mudanças do constitucionalismo moderno e pós-moderno, os revolucionários de 1930, rompendo o paradigma constitucional liberalista da Constituição de 1891 – cuja repetição do modelo constitucional de 1824 fazia-se enfadonha –, inauguraram a problematização da inefetividade e inconcretude das Constituições brasileiras, questões infelizmente não expurgadas da Constituição de 1988, ainda que louvável a iniciativa do constituinte em positivar os institutos *anti-inércia legislativa*⁴³.

Desperdiçando a oportunidade de abonar correntes que identificavam os direitos de crédito como prerrogativas imediatamente acionáveis, ou seja, como autênticos direitos subjetivos se contentaram em esboçar as linhas gerais de amplos programas socioeconômicos, remetendo ao legislador ordinário a incumbência de, em momento oportuno, dispor sobre os modos e os meios mais adequados para executá-los. Fácil notar, portanto, que o problema das omissões legislativas está intimamente ligado ao estudo das Constituições dirigentes, em razão da imensa gama de normas programáticas sujeitas a regulamentação legal (PUCCINELLI, 2007, pág. 27).

Em certos países periféricos de evolução tecnológico-cultural tardia, como é o caso do Brasil, os modelos constitucionalistas do *dirigismo estatal* adequaram-se

⁴¹ É o apelo à concepção de Herman Heller, enquanto contraposição da normalidade à normatividade, e de Rudolf Smend, como fruto de uma determinada realidade integrada (vital e concreta), cujo caráter ostenta a originalidade e interdependência (DIAS, 1993, p. 149). O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os *elementos constitucionais* do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: a *constituição*. A constituição é algo que tem, *como forma*, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); *como fim*, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, *como causa criadora e recriadora*, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como *conexão de sentido*, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores (SILVA, 2006, p.39).

⁴² De seu turno, a programaticidade é revelada na medida em que boa parte dos direitos sociais enunciados no art. 6º é redirecionada para os Títulos VII (da Ordem Econômica) e VIII (Da Ordem Social), nos quais se alojam os programas, as tarefas e os planos que ao Estado, em cooperação com a sociedade, incumbe desenvolver (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, pág. 27, 33).

⁴³ Em especial a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (at. 103, §2º, da CF) e o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CF).

perfeitamente. Os juristas pátrios demasiadamente apegados aos modelos totalitaristas que vingaram por anos no continente latino-americano colaboraram à edificação de teorias que findariam por deturpar os objetivos de um dirigismo normativo-constitucional. Não houve efetivo *dirigismo constitucional*; não houve a garantia dos direitos fundamentais sociais patrocinada pelo “constitucional socialismo” dos Estados de Providência, muito embora as Constituições de 34 e 46 tenham previsto tais direitos.

Na verdade, houve uma tentativa simulada de ampliação do rol de direitos dos cidadãos, com o intuito de dominar a massa populacional – é o populismo latino-americano procedido dos regimes totalitaristas que caracterizará o *constitucionalismo brasileiro* do séc. XX –, ao exemplo de Portugal e Espanha que mantiveram seus regimes ditatoriais após o término da 2ª Guerra Mundial.

Ao ângulo da realização da justiça social acenada pelo Texto (art. 145), faltou substancial efetividade à Carta de 1946, notadamente pela não edição da maior parte das leis complementares por ela previstas ou impostas virtualmente pelo seu espírito. Tal omissão impediu que se integrasse, na extensão desejável, o seu sistema de garantias e direitos, bem como que se concretizassem as várias regras programáticas nelas inseridas (BARROSO, 2001a, pag. 27).

O resgate do *constitucionalismo dirigente*, no Brasil, será marcado pela tardia promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Paulo Bonavides lembra que dentre as muitas dimensões que possui, a Constituição Brasileira é essencialmente uma Constituição Social, cujo problema principal reside no caráter relativo dos direitos sociais (BONAVIDES, 2001, p. 336-340).

Nos países periféricos, especialmente nos latino-americanos, países de matizes diversas; sociedades cujos mosaicos esboçam recortes político-econômicos de coloridos distintos – parafraseando Alfredo Buzaid na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973–, mais do que nunca, é necessário entender que a imagem e representação do Estado e da Constituição são “construções intelectuais” e não “descrições da realidade” (CANOTILHO, 2006, p. 136).

O dirigismo estatal está umbilicalmente relacionado à hetero-vinculação da Constituição à eficácia normativa de seus preceitos. É opinião corrente, hoje, a de que a Constituição vincula todos os Poderes, inclusive o Legislativo, na medida em que absorve os objetivos fundamentais e as diretrizes políticas de um Estado. Tal fenômeno pressupõe a juridicização da política, que não se dobra ao livre escambo partidário nem está constitucionalmente desvinculada. Aliás, este é um apanágio de nossa era já que “todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar globalmente o político” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, pag. 27).

O *directivismo governamental* carregou enorme ranço político-ideológico estatalizante ao cenário jurídico brasileiro, violentando a sociedade por meio do “triângulo dialético” canotilhiano.

Respondeu à falta de segurança e de liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio). Deu resposta à desigualdade política alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático). Combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. A “constituição dirigente” permanecia o suporte normativo do desenvolvimento deste projecto de

modernidade. Ora, quando alguns estados ainda não resolveram o combate às três violências – física, política e social – não se compreende nem o eclipse do Estado de direito, democrático e social, nem a dissolução da sua valência normativa (o constitucionalismo dirigente, democrático e social) (CANOTILHO, 2006, p. 137-138).

Assim, a constituição dirigente será o fundamento à compreensão das tarefas do Estado e dos instrumentos para prossecução dessas tarefas, tais como políticas públicas, trabalho, saúde, segurança social, todas carentes da eficácia normatividade dos preceitos constitucionais. A Constituição Brasileira de 1988 padecerá do mal do “directivismo constitucional”. Sob essas teorias é que procederá a discussão dos fins e dos objetivos da Constituição Cidadã.

Canotilho lembra que o problema central do *constitucionalismo moderno* está contemplado na ilusão político-constitucional de que o Estado por meio do direito pode realizar as promessas garantísticas da modernidade. “Em palavras luhmannianas: as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas” (CANOTILHO, 2006, p. 27-28)

A crise do *constitucionalismo pós-moderno* será marcada, essencialmente, pelo retorno ao (ineficaz) garantismo constitucional do século XVIII.

O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competência e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade (BERCOVICI, 2004, p. 10).

Ilustrando o cenário, Luís Roberto Barroso (2001b, p. 3-4) lembra que a lei caiu em desprestígio. Não se trata mais de discutir o liberalismo ou o intervencionismo econômico. O que se vislumbra no cenário atual são as investidas da *lex mercatoria*⁴⁴ face à positivação do direito, bem ilustrada pelos fenômenos da desconstitucionalização e desregulamentação.

Abala-se a segurança jurídica e seus pressupostos (v.g. direito adquirido), sobretudo diante do *immediatismo* e *pragmatismo* da globalização. Assim, o paradigma jurídico modernista – da vinculação do juiz à letra da lei – transfere-se para a melhor solução do caso concreto, a ser singularmente resolvido.

Sob esses fatores foram elaboradas teorias constitucionais como a de J. J. Gomes Canotilho atribuindo força normativa à constituição enquanto força de direção do direito. O *dirigismo constitucional*⁴⁵, que caracterizará a crise do *constitucionalismo moderno*, seriam identificado pela proposta de legitimação das normas constitucionais materiais

⁴⁴ “Se o homem não fosse o fim da vida política, a Constituição não seria mais a lei suprema, substituída que seria pela *Lex mercatoria*, essa sim, coerente com os objetivos do mercado. É que a *Lex mercatoria* é a não lei, a ausência de lei, a lei da selva, do mais forte, do que fortalece à conta do mais frágil.” (ROCHA, 2001, p. 10).

⁴⁵ O *dirigismo constitucional* fundamenta-se nas lições de K. Hesse e em sua teoria da força normativa da constituição: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem” (HESSE, 1991, p. 19).

através dos fins e tarefas empreendidos pelo Estado. “Em síntese, segundo Canotilho, o problema da Constituição é um problema de legitimação” (BERCOVICI, 2004, p. 10).

De acordo com a sua proposta, a concretização das “imposições constitucionais” (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação, como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das “imposições constitucionais” não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição (BERCOVICI, 2004, p. 11-12).

Por meio da teoria canotilhiana, o legislador perderia seu poder discricionário absoluto. É o influxo de todo o paradigma que reestruturou o Estado a partir da concepção de representação popular do medievo: o poder de deliberação seria superado pela garantia da aplicabilidade dos direitos a partir da criação de um órgão judiciário. O poder de governabilidade se transformaria num mero instrumento de aplicação das determinações de um poder supostamente neutro: uniformizador das políticas e tarefas do Estado.

No âmbito, a teoria de Canotilho buscaria dar sentido e objetivo para as mudanças sociais. “É um programa de ação para a alteração da sociedade. Daí ser uma Constituição estatal e social” (BERCOVICI, 2004, p. 12-13). Todavia, ao se atribuir tantas prerrogativas ao texto constitucional, o autor lusitano estaria o transformando em instrumento auto-suficiente: ele se auto-legitima.

O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizante (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Souza Santos, a manutenção da “Constituição sem Estado” (BERCOVICI, 2004, p. 13).

Em contraposição à potencialização das normas constitucionais, Niklas Luhmann⁴⁶ criaria uma teoria de instrumentalização⁴⁷ da Constituição, cujo fundamento de legitimidade remeteria às liberais-democracias. Ela se tornaria instrumento para a concretização da democracia. Nesta teoria, o sistema se legitimaria por si mesmo. O conteúdo do ordenamento jurídico não seria relevante para a legitimidade, bastando, apenas, sua validade.

⁴⁶ Cf. a obra “Rechtssoziologie”, 3ª ed. Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, pp.259-261 e “Legitimation durch Verfahren”, 4ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, pp. 29-31 e idem anterior p. 261-265, de Niklas Luhmann, citadas por G. Bercovici in: “Constituição e Política: uma relação difícil”, 2004, p. 14-15.

⁴⁷ As teorias processuais, em quase totalidade, consideram Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos. Somente com a fixação de procedimentos para as forças políticas, consegue-se evitar a relativização das normas constitucionais. Para ele, a Constituição deve ter um caráter de fluidez, sob pena de ser dissolvida na realidade. A Constituição rica em disposições relativas à filosofia de um regime é, também, cheia de elementos diversos e contraditórios. A Constituição não é uma ordem para o futuro, mas uma ordem de equilíbrio, essencialmente estática. (BURDEAU, Georges. “Une Survivance: La Notion de Constitution” in *L'Évolution de Droit Public – Études en l'Honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 60-62). Lembre-se, contudo, que o conceito de Constituição para Burdeau equipara-se ao conceito de legitimação pelo poder, “é o estado do poder”, seu resultado, a consagração da autoridade de direito de um soberano, estabelecendo-a, exclusiva e legitimamente (DIAS, 1993, p. 149). Por esses motivos, estaríamos vivendo a decadência da noção de Constituição, que não controlaria mais a vida política. As Constituições continuam a ser redigidas, mas como mera “survivance” (BERCOVICI, 2004, p. 15-16).

Posteriormente, J. J. Canotilho, mudando seu posicionamento inicial, sustentaria a *falência do sistema constitucional*⁴⁸ alicerçado no dirigismo sob a máxima “a Constituição dirigente está morta”⁴⁹ se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias” (*apud* COUTINHO, 2003, p. 5).

A *falência do Estado Social* é procedida pela desmistificação⁵⁰ das propostas modernistas enxertadas nos modelos constitucionalistas do Estado de Providência impondo a retirada das funções de abstração, de legitimação e domínio da sociedade do seio constitucional. Além disso, ao se incluírem na constituição direitos de cunho social e econômico perderia ela legitimidade.

Assim é entendida apenas como instrumento formal de garantia. “A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento não propriamente com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável dentro da complexidade da sociedade contemporânea” (BERCOVICI, 2004, p. 16).

⁴⁸ Para o autor lusitano o problema das Constituições-programa centraliza-se inicialmente na metanarratividade emancipatória que carrega em seu bojo. Ela serve de instrumento para a emancipação de um *sujeito projectante* (dir-se-ia o sujeito detentor de uma *identidade reflexiva*, fruto da dialética *núcleo de identidade e desenvolvimento constitucional*), aludindo à fenomenologia hegeliana, no seio da sociedade. Ela é um plano de purificação do homem, que somente pode vingar numa sociedade que promova um constitucionalismo moralmente reflexivo. Em suma, ela é uma *filosofia do sujeito* e uma *teoria da sociedade* “cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas” (CANOTILHO, 2006, p. 106-107). O dirigismo constitucional padece, na visão do autor lusitano, da crise a política regulativa, quando pretende transformar o Estado em “homem de direcção”, valendo-se do direito como instrumento de regulação. Doutra forma, ao confiar ao direito normatividade excessiva estar-se-ia deturpando igualmente o alto grau de diferenciação da política regulativa governamental. É a troca do dirigismo normativo constitucional por um regulativismo privatista neoliberal (CANOTILHO, 2006, p. 135). “Se, para nós, é muito obscura a idéia de *equivalentes funcionais do direito*, o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar, e transporta muitas vezes, o ambicioso projeto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-econômico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide” (CANOTILHO, 2006, p. 108). Padece ainda a Constituição dirigente do mal do *autismo nacional e patriótico*. É o reconhecimento, por Canotilho, da brutal força real da sociedade sobre a promessa de normatividade programática da constituição. “Se bem compreendemos as coisas, o déficit epistêmico da programaticidade constitucional não estaria apenas na conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade. Para além disso, a constituição arrogar-se-ia ao papel de alavanca de Arquimedes com força para transformar o mundo, mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos” (2006, p. 109). Canotilho sugere que só poderá haver um efetivo dirigismo constitucional num mundo que seja vigente um constitucionalismo reflexivo – crítico –, alheio ao discurso da metanarratividade (à utopia do sujeito do domínio e da razão emancipatória) e da desestruturação moral dos pactos fundadores da sociedade.

⁴⁹ Em que pese a afirmação de Lênio Luiz Streck sobre a vivificação da Constituição Dirigente no Brasil pós-88, certo é que ela estará impreterivelmente morta se aos instrumentos de concretização das normas constitucionais, que invariavelmente são instrumentos de vinculação coativa dos legisladores ou de legitimação extraordinária de um terceiro órgão nas suas atribuições e prerrogativas, não forem proporcionadas a devida amplitude e aplicabilidade.

⁵⁰ A “desmistificação” do Estado Social, mais do que o desfazer de mitos, significa uma decidida mudança de paradigmas. O paradigma jurídico-político, ainda hoje dominante na maior parte das análises e compreensões do Estado, deverá ser substituído pelo paradigma econômico, prevalecente nas teorias econômicas mas insuficientemente testado no domínio da teoria do Estado. No plano da análise micro-econômico, o paradigma econômico obrigará a uma revolução da organização interna da administração pública através de esquemas de *management* e orçamentação privados. Numa palavra, o “código econômico” imporá a revolução do “código constitucional”. Não Estado máximo mas “Estado mínimo”, não “dirigismo estatal” mas apenas “supervisão”, não voluntarismo político mas racionalidade econômico-decisória, não retórica política mas resolução econômica de problemas concretos. O desafio vai mesmo mais longe e chega mesmo à questão central da justificação do Estado e da Constituição. O regresso às doutrinas de justificação contratualista desafia as categorias centrais do Estado e de Constituição. Com efeito, a fundamentação e justificação das regras directivas, tal como ela é desenvolvida pela economia político-constitucional, parece apontar para a superação quer da “mistificação do Estado” quer da “sacralização de Constituição”. Se o Estado se “deseconômica” o mesmo acontecerá à sua Constituição. Em crise ficarão os tipos de Constituição com mais carga econômica, ou seja, as constituições programáticas dirigentes. Chegados aqui, há quem proclame a morte do “Estado Social” e da “Constituição Social”. Aquele e esta significam a intromissão em sistema autônomos. Pretendem “irritar” sistemas com operacionalidades diferentes e, por isso, revelam-se hoje claramente disfuncionais no contexto “policontextual” de diferenciação de Sistemas. Mais adiante tomaremos posição crítica quanto a este ponto. Mas se o “Estado Social” e a “Constituição Social” passam, que Estado e Constituição ficam? Estado “pós-heróico”? “Constituição pós-heróica”? (CANOTILHO, 2006, p. 144-145).

Nesse sentido, a legitimação extraordinária do juiz constitucional, em evidência face à materialização exacerbada do direito constitucional e dos ditos direitos fundamentais, seria o indicador do déficit de legitimidade resultante da concepção material da Constituição. Seria o instrumento jurídico para a participação efetiva do cidadão no processo de constitucionalização da sociedade.

O processo, assim, torna-se um instrumento para a efetivação da Constituição. Entender a Constituição também enquanto processo significa que a ordem constitucional não é uma ordem totalmente estabelecida, mas que vai sendo criada, por meio da relação entre a Constituição material e os procedimentos de interpretação e concretização (BERCOVICI, 2004, p. 17).

No entanto, é de bom alvitre frisar que essa ampliação dos poderes do juiz constitucional e a mitigação da antiga separação dos poderes (ou do equilíbrio antes proposto) não será a panacéia para os males da ineficácia e inefetividade das normas constitucionais.

Desta forma, o papel que antes detinham os partidos políticos no antigo Estado de Direito, foi transferido, em parte e subsidiariamente, para os Tribunais Constitucionais no corrente Estado Constitucional de Direito.

Com a tendência, cada vez maior, à normativização da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade. A hipervalorização das questões hermenêuticas no campo constitucional fortaleceram, ainda mais, a “normativização” da Teoria da Constituição. Essa consolidação dos tribunais constitucionais na Europa e a tendência crescente à “normativização da Constituição favoreceram, ainda, uma “mudança de paradigmas” na Teoria da Constituição, que passou a enfatizar muito mais a hermenêutica constitucional e o papel dos princípios constitucionais (BERCOVICI, 2004, p. 16-17).

A mitigação da separação dos poderes e a renovação de um positivismo jurídico de cunho interpretativo-hermenêutico encontrará, nos tempos atuais, no *constitucionalismo jurisprudencial* sua morada. A subvalorização do modelo da *civil law* colocará em xeque as funções dos órgãos legislativos e executivos e a força normativa da constituição. Os tribunais constitucionais se tornarão soberanos da vontade popular e a constituição cada vez mais uma carta jurisprudencial dos governados. As questões de aplicabilidade ou não dos preceitos constitucionais não passarão de questões interpretativas; questões jurídicas submetidas aos órgãos de cúpula: aos Tribunais e Cortes Constitucionais.

Disso não se pode olvidar, muito menos contestar, mesmo porque as Cortes Constitucionais, investidas na sua peculiar função de *law-makers*, evidenciada por Mauro Cappelletti na década de 90 do século passado, passaram a ostentar o caráter de guardiãs e intérpretes últimos das Constituições. “A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19), mormente

à *orgia legislativa*⁵¹ do Executivo ao se valer arbitrariamente das medidas provisórias (decretos-lei).

Hodiernamente, a problematização volta-se ao grau de *criatividade judiciária*⁵² – resposta à elevação do nível dos outros poderes, no intuito de transformar o judiciário “no *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI, 1993, p. 17-19, 46-47).

A figura do pai, moralmente permeada por um subjetivismo legitimador de um ativismo sem limites, o superego da sociedade órfã (MAUS, 2000, p. 184-186, 188) regente da população infantilizada, carente de um senso de providencialidade modernista, agrava a questão da amplitude do ativismo judicial.

Além disso, os modos, limites (vícios do direito judiciário tais como sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade na verificação, bem apontados por J. Bentham) e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais, comprometidos de maneira mais efetiva ao desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária, influenciariam diretamente no grau de criação jurisprudencial do direito.

1.10 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONTRIBUIÇÃO DE BONAVIDES

A evolução do *constitucionalismo* e dos diversos conceitos de *constituição* demonstrou que sua história não foi outra coisa senão a contribuição à elaboração de uma teoria dos *direitos fundamentais*.

Os *direitos fundamentais* diferem dos *direitos humanos* e dos *direitos do homem*, ao mesmo tempo em que se correlacionam. Os *direitos fundamentais* são compreendidos como todos aqueles “direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera dos direitos constitucionais positivos de determinado Estado” (SARLET, 1998, p. 31), vistos como “prerrogativas que tem o indivíduo” em face do órgão estatal (BASTOS, 1989, p. 151).

Malgrado a idéia de oponibilidade de direitos diante do Estado, o *individualismo* como expressão dos direitos do indivíduo isolado foi superado. A idéia de *direitos públicos subjetivos* foi da mesma forma abandonada.

Entendida como *autolimitação estatal* em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos. [...] Direito subjetivo deve ser entendido como *permissão concedida* pelo Direito Constitucional objetivo ao homem (SILVA, 2006, p. 177).

Em síntese, *direitos fundamentais do homem* nada mais são do que *direitos fundamentais* sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem

⁵¹ Conceito da alcunha de Barwick, segundo o qual o judiciário, face à expansão do estado e do direito legislado na América, foi constrangido “a fazer uso de instrumentos até então inconcebíveis”, do *judicial activism*, isto antes de tudo com vistas a remediar a incapacidade do legislador de atualizar tempestivamente leis tornadas obsoletas (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

⁵² Segundo Lord Radcliffe (*apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 25), “jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como não poderia sê-lo? [...] o direito criado pelos juizes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato [...] os juizes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam a sua aplicação às circunstâncias de fato de causa”.

mesmo sobrevive. Ideologicamente, são as prerrogativas e instituições que o estado concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas: é “*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*” (SILVA, 2006, p. 178). São *natos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis*. Além disso, são *históricos*⁵³ (*mutáveis*), *inalienáveis*⁵⁴, *imprescritíveis*⁵⁵ e *irrenunciáveis*⁵⁶.

Contrapondo-se ao *historicismo* dos *direitos fundamentais* está a concepção absolutista-normativista que encontra abrigo nas lições de Pontes de Miranda⁵⁷ e de Carl Schmitt. Para o autor alemão *direitos fundamentais* são “*todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional*” (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 515). Vinculando o conceito a um modelo de Estado liberal, Schmitt dirá que

os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, [...] os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado [...] numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 515).

Para Schmitt, o absolutismo dos *direitos fundamentais* somente poderia ser excepcionado dentro dos limites legais, como *exceção* mensurável na extensão e no conteúdo (BONAVIDES, 2001, p. 515-516).

A expressão *direitos humanos*, em razão da sua maior amplitude, guarda relação com os documentos de direito internacional. Refere-se “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos” (SARLET, 1998, p. 31). Revelam-se pré-estatais e supranacionais; positivados nas declarações internacionais tal qual a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contrapõem-se aos *direitos do homem*, de conotação marcadamente jusnaturalista, cuja “pré-historicidade” lhe é marca indelével (SARLET, 1998, p. 32).

José Afonso da Silva (2006, p. 184) classifica os *direitos fundamentais* em seis grandes grupos, de acordo com as normas positivadas na Constituição de 1988: (a) *direitos*

⁵³ Para Sérgio Cadernatori os *direitos fundamentais* são *direitos históricos*, “já que se inserem dentro de um momento histórico, qual seja, a fase que se desenvolve do Renascimento até nossos dias [...] porque surgem novos direitos fundamentais a partir das exigências históricas dos homens em cada momento histórico” (CADERMATORI, 1999, p. 33-34). José Afonso da Silva sustenta a tese que são “históricos como qualquer direito. Nasce, modificam-se e desaparecem. Eles aparecem com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas” (SILVA, 2006, p. 181).

⁵⁴ São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis (SILVA, 2006, p. 181).

⁵⁵ O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individuais, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição (SILVA, 2006, p. 181).

⁵⁶ Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados (SILVA, 2006, p. 181).

⁵⁷ Quanto ao caráter *absoluto* que aos direitos fundamentais era reconhecido, não se pode mais aceitá-lo desde que se entenda que tenham caráter histórico.

individuais (art. 5º); (b) *direitos à nacionalidade* (art. 12); (c) *direitos políticos*⁵⁸ (arts. 14 a 17); (d) *direitos sociais*⁵⁹ (arts. 6º e 193 e seguintes); (e) *direitos coletivos*⁶⁰ (art. 5º); (f) *direitos solidários* (art. 3º e 225).

Paulo Bonavides, alternativamente, divide os direitos fundamentais em quatro dimensões⁶¹ distintas sucessivas, mas não excludentes. Na primeira delas estão contidos os direitos fundamentais da liberdade – direitos civis e políticos – conquistados no cenário *constitucionalista clássico*. Têm por titular os indivíduos e são oponíveis contra o Estado, traduzindo uma faculdade ou atributo da pessoa. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2001, p. 517). Os *direitos fundamentais de segunda dimensão* dominam a história constitucional do século XX. São essencialmente direitos sociais, culturais e econômicos, vinculando o Estado à prática de prestações positivas, daí porque de normatividade um tanto que questionável.

[...] os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma. Com efeito, até então em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador (BONAVIDES, 2001, p. 518-519).

Da gênese dos direitos de segunda dimensão, surgiu sua instrumentalização jurisdicional, por pretensão à salvaguarda dos indivíduos ao protegê-los contra as arbitrariedades institucionais que pudessem furtar a efetiva eficácia desses direitos: é o surgimento das garantias constitucionais.

Por volta do final da década de 70 do século passado, a consciência de um mundo partido entre nações distintas e a necessidade de valorizar o homem enquanto ser universal fez surgir, na teoria de Karel Vasak, os *direitos fundamentais de terceira dimensão*.

⁵⁸ Podemos, hoje, dizer que os *direitos políticos consistem na disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular*, o que, em essência, equivale, para o regime representativo, à noção dada por Rosah Russomano, para quem os “direitos políticos, visualizados em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto” (SILVA, 2006, p. 345).

⁵⁹ Estão conceituados no art. 6º da Constituição de 1988. Como dimensão de direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, 2006, p. 286-287). São classificados por José Afonso da Silva (2006, p. 287) da seguinte forma: (a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; (b) *direitos sociais relativos à segurança*; (c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; (d) *direitos sociais relativos à moradia*; (e) *direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso*; (f) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*.

⁶⁰ Seriam direitos tais como o de acesso à terra urbana e rural, para nela trabalhar e morar, o de acesso de todos ao trabalho, o direito a transporte coletivo, à energia, ao saneamento básico, o direito ao meio ambiente sadio, o direito à melhoria de qualidade de vida, o direito de greve, o direito de manifestação coletiva, os direitos de petição e de participação direta. “Muitos desses ditos direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, VI), o direito de greve (arts. 9º e 37, VII) [...] ou caracterizados como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, §4º, 29, XIII, e 61, §2º; ou ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, §3º. [...] Alguns deles não são direitos coletivos, mas *direitos individuais de expressão coletiva*, como liberdades de reunião e de associação” (SILVA, 2006, p. 195).

⁶¹ Paulo Bonavides sustenta a impropriedade da expressão “geração”, argumentando que não se trata de mera sucessão cronológica, mas de substituição, com vantagem lógica e qualitativa. Para o autor, todas as dimensões de direitos fundamentais convergem para a garantia do direito fundamental à democracia (BONAVIDES, 2001, p. 525). “Um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII” (BONAVIDES, 2001, p. 517).

Bonavides lembra que esse tipo de direitos “têm primeiro por destinatário o gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2001, p. 523).

Consustanciam o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, todos fundados sobre um princípio de regência: a *solidariedade*⁶².

A globalização da política neoliberal, que busca universalizar direitos no campo institucional, dá margem ao reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais: o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Esses direitos alicerçam-se na *objetividade* das duas dimensões antecedentes e na *subjetividade* dos direitos individuais. No dizer de Paulo Bonavides são direitos “que, em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, irradiam-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico” (BONAVIDES, 2001, p. 524-525).

Os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação [...] na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ela é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta. Enfim, os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política (BONAVIDES, 2001, p. 525-526).

A universalização e humanização que tomarão conta da teoria dos *direitos fundamentais* do século XXI lhes guindarão à categoria de princípio do mais alto grau de juridicidade, concretude, eficácia e positividade. “É a universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade” (BONAVIDES, 2001, p. 526).

O problema dos direitos humanos e fundamentais será o problema do Estado de direito e da teoria *constitucional contemporânea*, enquanto *dirigismo governamental*⁶³. Lembra Bonavides que a crise política de uma Nação percorre três graus. O primeiro se

⁶² Segundo Etienne-R. Mbaye, a solidariedade alicerça-se no dever de cooperação e de ajuda recíproca dos Estados de direito, bem como na coordenação sistemática de uma política econômica global (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 524).

⁶³ O dirigismo constitucional evidenciará o problema da referência, intrinsecamente ligado à teoria dos direitos fundamentais: “a constituição busca alcançar o ponto ômega da modernidade política através da organização voluntária da sociedade. A complexidade das sociedades distancia-se e muito da intencionalidade construtivista da política. ‘Esta mesma complexidade gera sistemas diferenciados e *códigos funcionais* diferenciados, sendo irrealista tentar através de um código unitarizante dos vários sistemas sociais dirigir constitucionalmente a sociedade. Como se pode ver através deste bosquejo de problemas, a constituição dirigente enfrenta todos os problemas da teoria da constituição clássica acrescidos de um *dilema congênito*: a sua ânsia de preformação normativa num espaço futuro imprevisível a não ser em termos utópicos” (CANOTILHO, 2006, p. 221), sem antes dizer que “[...] o dirigismo constitucional falha pela proposta utópica e bondosa, teimando por considerar a sociedade apenas nos seus aspectos estáticos” (CANOTILHO, 2006, p. 216-217) não levando em consideração o fato de que o modelo constitucional dirigente é fruto dos anseios dos sujeitos, que sofrem influência direta da necessidade de concreção das inúmeras propostas de determinados grupos sociais, cujas inter-relações fazem surgir, a cada dia, novos sujeitos de poder.

encontra na sucessão de Governos e, por conseguinte, de políticas públicas descontínuas. O segundo é de ordem constitucional, que reflete a impossibilidade dos governantes fazer atuante o *super-discurso social*⁶⁴, evidenciado quando as necessidades provenientes das novas políticas patrocinam o grande fluxo de emendas à Constituição. Por derradeiro, o último grau “consubstancia-se em crise constituinte, quando a crise de um Governo ou de uma Constituição se transforma em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em seus últimos fundamentos” (BONAVIDES, 2001, p. 529), é a *crise de reflexividade*⁶⁵ da proposta modernista.

As “bondades teoréticas” do conceito-categoria Estado são hoje agitadas pelos autores que acentuam os défices da teoria da Constituição. À Constituição – acentuam – falta, desde logo, a “consciência profunda” da identidade e unidade do Estado (e da Nação) (CANOTILHO, 2006, p. 230).

As democracias tornam-se instáveis, açoitadas pelos problemas sociais, econômicos e financeiros quase irresolúveis num cenário político de hipervalorização estatal. A legitimidade social torna-se distante; a representatividade é falha. É nesta conjuntura política que a jurisdição dos Tribunais Constitucionais ganhará força, como instrumento hábil à concretização constitucional e à harmonização dos poderes do Estado. “Removendo ambigüidades ou solvendo controvérsias, faz-se, pela via hermenêutica, o texto se acercar da realidade, ou seja, produz-se a eficácia, a juridicidade, o respeito e o cumprimento rigoroso das normas constitucionais” (BONAVIDES, 2001, p. 530).

Essa árdua tarefa, contudo, ainda exigirá boa dogmática constitucional e a capacidade de trabalhar o direito positivo. Interpretar a norma, dissecando seus institutos e aplicando-a de modo a preservar os valores tutelados, é fugir do discurso vazio, do sofisma.

Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em *reduzir* o direito à norma, mas, ao contrário, em *elevá-lo* à condição de norma, pois ele tem sido menos que isso. O resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica, por óbvio que possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições. Em busca deste desiderato, é importante difundir uma concepção de direito constitucional dotada de rigor científico, com a apropriada utilização de princípios, conceitos e elementos interpretativos. Essa é a única forma de isolá-lo do que se poderia chamar *charlatanismo constitucional*, que é o discurso constitucional inteiramente dissociado do direito, desenvolvido em nível puramente teórico, com vulgaridade e insciência. [...] Tudo tem seu tempo. Nesta forma os compromissos e as necessidades são outros. E, como no verso inspirado de Drummond, *o tempo é minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente* (BARROSO, 2004, p. 292-293).

⁶⁴ É o problema da materialização do direito, ao passo que não se pode reduzir o mundo sensível à letra fria da norma. A estagnação de um modelo normativo que garante muito e atua pouco leva à produção de um número cada vez maior de emendas constitucionais. Isso porque, como lembra J. J. Gomes Canotilho, a concepção jurídicista, purista e piramidal, sob o discurso normativista, é incapaz de açambarcar o lugar do *super-discurso social*. “A esfera jurídica dos diferentes âmbitos sociais (direito social, direito dos consumidores, direito do ambiente, direito biomédico) mesmo quando tinha assento no próprio texto dificilmente era contextualizada porque as normas constitucionais alheavam-se da mudança e da inovação jurídica” (CANOTILHO, 2006, p. 218-219).

⁶⁵ O constitucionalismo dirigente também padece do problema da reflexividade ou *crise da reflexividade dirigente*. A pluralidade e diversidade de sujeitos e de suas respectivas necessidades impossibilita a elaboração de políticas públicas adequadas à abrangência dos universalismos e do “conteúdo básico” da necessidade social. É a crise do centro político e das fontes do direito (CANOTILHO, 2006, p. 217).

2 TIPOLOGIA CONSTITUCIONAL E INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO

2.1 UMA QUESTÃO DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Tão certo quanto a idéia de que não há sociedade sem direito⁷³, é a de que não há Constituição que nasça para não ser aplicada⁷⁴ (BASTOS, 1999, p. 90). A busca da garantia da aplicabilidade da constituição, seja para qual fim for ela criada, será ao longo da história o motor que moverá o homem em busca da garantia de direitos, que refletem um denominador social comum, discutido formalmente e publicamente acordado.

Antes de enveredar pelos campos da tipologia constitucional – sua eficácia, aplicabilidade e concretização –, é preciso elaborar um “pacto de cavalheiros” acerca das diversas acepções dos termos para, a partir desse acordo, elaborar satisfatoriamente um conhecimento dito científico⁷⁵.

O embate entre a eficácia, efetividade, validade e aplicabilidade das normas será travado no campo da teoria do direito, a partir dos debates realizados entre os *positivistas puristas* e os *neo-positivistas*.

Os primeiros tendem a dissociar a eficácia da validade, “não se confundindo com esta, mas sendo esta condição daquela.” (CADERMATORI, 1999, p. 52). A eficácia seria condição da validade, ao passo que sem aquela esta derruiria (fenômeno da dessuetude). Além disso, a eficácia viabilizaria a validade⁷⁶ normativa, de modo que ao se integrar em um ordenamento jurídico eficazmente observado, ela seria válida (CADERMATORI, 1999, p. 51-52).

Os *neo-positivistas*, sob a liderança de Herbert Hart, delinearam um sistema que concebia a validade da norma singular sob o prisma da intitulada *regra de conhecimento*⁷⁷, expurgando a dessuetude normativa do ordenamento, ao passo que a inobservância da regra não a levaria à invalidade. Abandonando a atecnia originada pela proposta de Hart, Dworkin elaborou sua teoria dos princípios⁷⁸ que, como regras subjacentes à norma, de

⁷³ De acordo com a máxima latina: “*Ubi homo et societatis ibi jus*”.

⁷⁴ De fato, embora seja inevitável a aparente *contradictio in terminis*, pode-se dizer que o Direito define-se tanto pela busca incessante da certeza, traduzida por sua estabilidade, quanto pela procura incessante da sua legitimidade dinâmica, traduzida na mutabilidade que acompanha a evolução histórica operada no seio da sociedade. (BASTOS, 1999, p. 90).

⁷⁵ Como lembrou o Professor Manelick Carvalho Netto no primeiro painel do “Seminário 20 anos da Constituição Cidadã”, realizado no dia 10 de junho de 2008, na Câmara dos Deputados Federais em Brasília/DF.

⁷⁶ Validade entendida como observância das normas à uma norma superior e hipotética, quando eficaz o ordenamento jurídico. Entendida como a verificação efetiva da obediência/aplicação das normas. É uma teoria falaciosa, porque se estabelece sobre a distinção entre *ser* e *dever-ser* (CADERMATORI, 1999, p. 49).

⁷⁷ Validade enquanto existência de fato. Externamente condicionada à observância pela sociedade; como uma regra social. Internamente como infalibilidade do sistema: a inobservância da norma decorreria da vontade do sistema; *sistema geralmente eficaz*. Nas palavras de Vilanova: “o sistema nunca é descumprido, nunca é violado” (*apud* CADERMATORI, 1999, p. 54). Externamente, imporia a observância das normas do caso concreto, isto é, regras socialmente produzidas. Daí Sérgio Cadermatori (1999, p. 54) afirmar que “a eficácia, de qualquer sorte, joga um papel de grande relevo na teoria de Hart, dado que sem eficácia o sentimento interno de aceitação permanece de fora do âmbito jurídico, dando origem quando muito a normas morais ou diretivas ideológicas”.

⁷⁸ Cf. item 1.8 “A Dimensão Formal e Material da Constituição”, p. 29, *supra*. Também, vale transcrever as palavras do jurista: “Denomino ‘princípio’ a uma norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una posición económica, política o social que se juzga conveniente, sino por se um imperativo de justicia, de honestidad de alguna otra dimensión de la moral.” (*apud* CADERMATORI, 1999, p. 57). Ademais, Dworkin (1980, p. 85-86) elabora outra classificação que destoa dos

maior abstração e generalidade e, por conseguinte, amplamente aplicáveis, orientariam o intérprete na subsunção normativa, consubstanciando valores e preceitos socialmente aceitos.

Estribando-se sob os mesmos argumentos, Hesse afirmava que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência residiria na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. É a chamada “pretensão de eficácia” (*Geltungsanspruch*) que absolutamente não pode separar-se das condições históricas de sua realização.

Para Konrad Hesse as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais condicionam a eficácia da norma jurídica, vale dizer, dão vigência à pretensão de eficácia da norma⁷⁹. Contudo, Hesse diferencia a pretensão de eficácia das condições de sua realização. Para o autor, toda norma jurídica visa imprimir certa conformação da realidade, submetendo-a a imperativos específicos (HESSE, 1991, p. 14-15).

Na mesma linha, José Afonso da Silva (2007, p. 36) não despreza a influência dos fatores reais de poder, razão pela qual se distancia do modelo positivista kelseniano de Constituição, adotando as teses de C. Schmitt e K. Hesse conjuntamente. Alega o autor que é preciso dar prevalência ao sentido formal da Constituição, compreendendo-a como um conjunto de regras de conduta relacionadas à inter-subjetividade do mundo dos fatos, não olvidando os fatores políticos, jurídicos e sociais do viver em comunidade.

Agarrando-se aos conceitos pós-positivistas delineados por J. Habermas e P. Häberle o publicista brasileiro conceitua⁸⁰ precisamente a constituição como:

algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas e costumeiras); como conteúdo, a conduta motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e re-criadora, o poder. Não pode ser compreendida e interpretada se não se tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores. Isso não impede que o estudioso dê preferência a dada perspectiva. Pode estudá-la sob ângulo predominantemente formal, ou do lado do conteúdo, ou dos valores assegurados, ou da interferência do poder (SILVA, 2007, p. 36).

Tecnicamente, o termo aplicabilidade, para José Afonso da Silva (2007, p. 13), “significa qualidade do que é aplicável”.

No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se

princípios: as chamadas diretrizes. “Llamo ‘directriz’ [policy no original] a la clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad” (apud CADERMATO, 1999, p. 57).

⁷⁹ “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (HESSE, 1991, p. 16). Para o autor, os limites da eficácia constitucional estariam condicionados à dialética da vontade do poder e da vontade da Constituição, bem como daí seriam verificados os pressupostos do ótimo desenvolvimento da sua força normativa (1991, p. 19-20).

⁸⁰ Luís Roberto Barroso (2001, p. 69-70) posiciona-se de maneira semelhante: “É bem verdade que, em sentido amplo, o Direito como um todo é político, porque suas fontes materiais se ordenam [...] Mas não está em análise o poder *social*, difusa e atomizadamente presente em qualquer agrupamento humano. Cuida-se, aqui, de uma modalidade específica, o poder *político*, como emanção da soberania do Estado. Este poder político singulariza-se por sua *amplitude*, incidindo sobre todas as pessoas e bens de um determinado território; por sua *função*, que é a de subordinar os interesses particulares ao interesse geral; e pelos *meios* de que se pode valer, notadamente a coação”.

ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social, enquanto o nosso se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica (SILVA, 2007, pág. 13).

Portanto, o problema da atuação jurídica das normas enquadra-se numa questão de vigência⁸¹ e de eficácia jurídica, circunscrevendo-se à determinação de qual significado possuiria a norma na ordem jurídica atual.

A eficácia jurídica possui dois aspectos diferentes. No seu *aspecto positivo* ou *de aplicação*, consiste na possibilidade do destinatário da norma exigir juridicamente seu cumprimento integral e imediato – consiste numa situação subjetiva de vantagem por ela assegurada. No seu *aspecto negativo* ou *de vinculação* é consubstanciada na virtude da proibição da prática dos atos contrários ao comando nela expressado, vale dizer, “é uma eficácia paralisante da validade das normas que com ela conflitam, compelindo o legislador a não seguir caminho inverso daquele por ela traçado”⁸² (PFEIFFER, 1999, p. 40).

O problema da aplicabilidade enseja a compreensão da norma enquanto comando coerentemente estruturado num ordenamento prescritivo. Del Vecchio, citado por José Afonso da Silva, vai além: o problema que ocupa os estudiosos do direito se relaciona à pluralidade das formas de adequação das normas, ordenadas à explicação do modo pelo qual o imperativo se manifestará no mundo dos fatos. O problema da aplicação das normas constitucionais liga-se à questão da estrutura lógica das normas jurídicas. Toda regra-jurídica traduz um imperativo; um comando que exige a ação ou omissão do sujeito-alvo. A concepção da norma como imperativo não a elege como ordem ou mandado, mas como regra que impõe determinado comportamento sob pena de incidir a consequência prescrita, isto é, a eventual sanção (SILVA, 2007, p. 50).

Enfim, a aplicabilidade é vista como a possibilidade do juiz manejar a norma abstrata, dela retirando o comando concreto, identificando, dessarte, os efeitos jurídicos aplicáveis à realidade fática.

A eficácia da norma é condição *sine qua non* para sua efetiva aplicabilidade; é atributo da norma jurídica, uma qualidade que a norma apresenta para cumprir sua destinação, isto é, para cumprir as prescrições por ela descritas (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 113).

Explicando o conceito exposto, lecionam Carlos Ayres Britto e Celso Bastos (1982, p. 113):

Expressa, pois, uma relação semântica entre o comando abstrato da regra jurídica e a concretidade dos fatos. Daí se afirmar, doutrinariamente, que norma eficaz é aquela dotada de aptidão para produzir os efeitos a que se preordena. Sua noção é

⁸¹ Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda à produção de efeitos (FERRAZ JÚNIOR *apud* CADERMATORI, 1999, p. 67).

⁸² Possuem a peculiar característica de vincular negativamente o legislador. Assim, ele não poderá editar atos que conflitem com tais normas, ao passo que se existentes, serão considerados inconstitucionais; atos editados em confronto com o mandamento serão juridicamente inválidos, devendo o Judiciário estribar-se nos objetivos e valores por ela refletidos para fundamentar suas decisões.

categorial, porque nos habilita a conhecer o grau exato da capacidade de uma norma para realizar, concretamente, os seus próprios desígnios. Falar de eficácia já é pressupor um mínimo de aptidão normativa para atuar no plano fático ou dos comportamentos efetivos. Como averbava Kelsen, um mínimo de eficácia é condição da própria existência da norma, pois regra ineficaz é regra inexistente. Logo, o problema de habilitação da norma para deflagrar os efeitos que lhe são próprios.

Coerentemente, José Afonso da Silva (2007, p. 51-52) entende que a eficácia jurídica⁸³ distingue-se da efetividade. Para ele “eficácia liga-se à aptidão das normas surtir efeitos jurídicos. Efetividade remete à idéia de recepção da norma pela sociedade”.

Sociologicamente, pode-se dizer que as normas constitucionais, como outras, são eficazes e aplicáveis na medida em que são efetivamente observadas e cumpridas. Juridicamente, no entanto, a aplicabilidade das normas constitucionais (também de outras) depende especialmente de saber se estão vigentes, se são legítimas, se têm eficácia. A ocorrência desses dados constitui condição geral para a aplicabilidade das normas constitucionais (SILVA, 2007, pág. 52).

A *efetividade* é fator de condicionamento da aplicabilidade das normas e da sua eficácia jurídica. Relaciona-se ao princípio da força normativa da constituição e da unidade do ordenamento jurídico, denunciando o fenômeno da juridicização da Constituição em busca do reconhecimento de sua efetiva força normativa o que, em última análise, leva à conclusão da criação de mecanismos próprios de tutela e cumprimento forçado das normas constitucionais inaplicadas. Em outras palavras, “a efetividade é a realização concreta, no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma” (BARROSO, 2004, p. 299).

A efetividade é a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, 2001a, p. 85).

Há que se fazer um breve esclarecimento. Enquanto a eficácia jurídica é a capacidade da norma surtir efeitos e a aplicabilidade é a possibilidade de aplicar os comandos normativos às situações fáticas concretas, atribuindo-lhes as prescrições jurídicas da hipótese abstrato-normativa, a efetividade é a potencialidade dos efeitos jurídicos pinçados pelo intérprete da norma realizarem-se no mundo dos fatos, vale dizer, o grau de recepção/aceitação⁸⁴ da imposição jurídica pelos jurisdicionados.

A observância do princípio de efetividade constitucional leva a discussão científica do âmbito de eficácia e aplicabilidade da norma para novos horizontes, especialmente quando contraposta ao pressuposto kelseniano lógico-estrutural.

Arelada à coerência do sistema e a unidade do ordenamento, o princípio da efetividade constitucional desempenha importante papel dinamizador, sujeitando os Poderes Públicos ao dever de conferir máxima e imediata eficácia às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 79).

⁸³ Cabe distinguir da *eficácia jurídica* o que muitos autores denominam de *eficácia social* da norma, que se refere, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ao “reconhecimento” (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, aos efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos, sua efetividade (BARROSO, 2001a, p. 84).

⁸⁴ Por óbvio, o referido grau de aceitação estará diretamente relacionado à força dos mecanismos coercitivos do Estado e ao nível de participação prévia do povo na escolha deles, numa sociedade aberta de intérpretes.

É ele quem ditará a aplicabilidade ou não de uma norma jurídica. Daí o guardião da Constituição dever integrá-la quando incompleto o comando aberto – isto é, quando omissivo o intermediário da norma⁸⁵, o legislador –, a fim de conferir-lhe plena efetividade.

Em vez de encarar frontalmente este problema [de efetivação da constituição], muitos preferem contorná-lo a partir da diferenciação entre o poder constituinte, juridicamente ilimitado, e os poderes constituídos, sujeitos a lindes pré-demarcadas. Interferências corretivas só se justificariam a partir do reconhecimento de que o exercício das funções executiva, jurisdicional ou legislativa há de se ater aos limites constitucionais. Portanto, quando advogamos o desenvolvimento de uma jurisprudência vivaz e criativa não buscamos reconhecer a preeminência do Judiciário sobre os demais órgãos do Estado, mas apenas defender a supremacia da Constituição, munindo os juízes de poderes específicos para colmatar lacunas que tolham a efetiva aplicação de suas normas (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 99).

A idéia de efetividade se completa quando contraposta ao modelo pós-positivista do Direito. A textura aberta da Constituição proposta por J. Habermas e P. Häberle confere aos seus intérpretes um significativo espaço de conformação normativa. Amplia-se o poder de órgão protetor da efetividade normativa, lembrando-se que a ela estão atrelados os conceitos de vigência e eficácia normativas. Vigência⁸⁶ entendida como a qualidade da norma que a faz exigível: “é o modo específico de existência da norma jurídica” (SILVA, 2007, p. 52).

Na dialética do processo de interpretação, a tentativa de efetivação máxima do preceito constitucional, vinculando-o à realidade fática, será identificada como “concretização da norma constitucional”, que não é nada mais do que elevar ao patamar máximo os diferentes âmbitos normativos de expressão da regra jurídica; as potencialidades normativas. É de se concluir que, “de modo geral, tanto o juiz quanto o legislador criam o Direito, embora este último disponha de maior liberdade no desempenhar de seu mister.” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 100).

Em última instância, a efetividade é princípio de regência da interpretação constitucional e da conformação do ordenamento jurídico; da concretização. Ela “ratifica a validade e a eficácia de todos os preceitos constitucionais, fulminando quaisquer atitudes potencialmente danosas ou empobrecedores de seu conteúdo material” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 73).

Não há se falar em graus de efetividade. Quando a sociedade impõe determinada conduta a ser observada, o princípio da efetividade se converte em princípio

⁸⁵ Não se trata de legislar, mas de aplicar a Constituição, de fazê-la atuar concretamente, de prover sua efetivação [...] Nesta jornada, o constituinte figura como o remetente, o legislador ordinário como o intermediário e o juiz como o mensageiro final da vontade normativa. A cada etapa, novos elementos se agregam à mensagem original, reforçando a sua eficácia. De observar, portanto, que a decisão judicial tem natureza constitutiva e não simplesmente declaratória, situando-se no vértice desta escalada concretizadora. Talvez, por isso, se afirme que o Direito não é um dado, mas um construído fortemente influenciado por valores e convenções sociais. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 98, 100). A respeito, v. o Cap. III que tratará do tema com maior profundidade.

⁸⁶ A palavra alemã a que Kelsen se referiu é Geltung, “indicativa de valor, de algo que vale. Por isso, na doutrina de Kelsen, a vigência é mais do que a simples existência da norma. É existência com validade. E a palavra que melhor traduz essa idéia é validade, algo que existe com valor, enquanto a palavra ‘validade’ se reserva para uma relação de fundamento para o fundamentado, no sentido de que a norma vale enquanto se conforma com um fundamento de validade, seja uma norma superior, seja um fundamento metajurídico” (SILVA, 2007, pág. 52).

“potencialmente maximizador” de uma atuação pública voltada para a concreção de direitos, independentemente do *status* constitucional que ao princípio seja atribuído ou local topográfico que possua na Constituição.⁸⁷

A questão da normatividade dos princípios e valores, aquém da entronização axiológica dos anseios da sociedade no texto maior e da filtragem interpretativo-constitucional das normas de menor hierarquia, passará, no século XXI, a ser um problema eminentemente de eficácia e de aplicação do direito: será um problema de retomada das promessas modernistas do final do século XIX para a sobrevalorização da normatividade legal dos textos, com vistas à efetividade da norma, vale dizer, será uma questão de efetividade constitucional.

2.2 TIPOLOGIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.2.1 Um apanhado geral das teorias tipológicas da norma constitucional

Os primeiros juristas a elaborar uma teoria para classificar as normas constitucionais foram os norte-americanos. Fundamentando-se na distinção da teoria geral do direito, que definia as normas constitucionais como normas coercitivas (*ius cogens*) e normas dispositivas (*ius dispositivum*) – as primeiras se subdividiriam em preceptivas (imperativas) e em proibitivas –, cuja regra geral assentava-se na coercitividade das normas constitucionais⁸⁸ (SILVA, 2007, p. 70-71), elaboraram a seguinte classificação binária: *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*.

Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais *self-executing* (ou *self-enforcing*, ou *self-acting*; auto-executáveis, auto-aplicáveis, bastantes em si) são desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing* (ou *not self-enforcing*, ou *not self-acting*; não auto-executáveis, não auto-aplicáveis, não-bastantes em si) são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias (SILVA, 2007, pág. 74).

Sob esse marco teórico, os italianos desenvolveram importante contribuição ao Direito Constitucional. Gaetano Azzariti foi o primeiro a teorizar as bases e contornos daquilo que seus estudiosos posteriormente chamariam de *programaticidade normativa*. O autor diferenciou as normas constitucionais em: (a) diretivas; e (b) preceptivas.

⁸⁷ Não obstante situar-se no capítulo reservado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o princípio [da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais] alcança todo e qualquer preceito definidor de direitos e garantias fundamentais, inclusive os de natureza creditícia. O que importa não é tanto a localização topográfica, mas a interpretação teleológica que determina sua expansão pelo cosmos constitucional, a par de referências métricas, cardinais ou longitudinais (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 79).

⁸⁸ José Afonso da Silva (2007, p. 71-72), em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, é relutante ao reconhecer a coercitividade, em regra, de todas as normas constitucionais. Segundo o autor há regras que podem ser enquadradas no campo da dispositividade. É o caso da classificação americana das normas constitucionais que as subdividem em *mandatory provisions* (prescrições mandatórias) – que seriam cláusula essenciais cujo cumprimento é inescusável –, e as *directory provisions* – normas de caráter regulamentar as quais possibilitariam ao legislador a disposição futura de outra regulamentação a fim de adequá-las à realidade social. Thomas M. Cooley e Francisco Campos criticam veementemente essa posição que classifica as normas constitucionais em regras essenciais ou substanciais, a saber, imperativas ou mandatórias, e em acessórias ou de mera conveniência, isto é, diretórias.

No primeiro grupo, incluiu todas aquelas que, no dizer do mestre Pinto Ferreira, “se limitam a assinalar uma direção ao legislador futuro”. Para o autor italiano, as normas em questão não podem sequer ser consideradas verdadeiras normas jurídicas, porquanto, pressupondo a existência ou o advento de legislação ordinária em desacordo com tais comandos constitucionais, não será a referida legislação fulminada de inconstitucionalidade. As normas Constitucionais Diretivas não seriam, por conseguinte, vinculantes, nem detentoras de eficácia jurídica. É exatamente nessa categoria de normas constitucionais que se enquadrariam as Normas Programáticas [...] As Normas Constitucionais Preceptivas seriam todas aquelas obrigatórias, impositivas, detentoras de eficácia, portanto, jurídicas (MACHADO, 2004, p. 26).

Ao lado da proposta de Azzariti está a de Del Vecchio, explanada por Afonso da Silva, que divide as normas constitucionais em normas preceptivas – aquelas que impõem uma conduta ativa – e normas proibitivas – aquelas que impõem um não fazer. O autor italiano, ainda, define as normas em primárias, ou seja, aquelas que não precisam de complementação, e secundárias, aquelas regras explicativas ou declarativas que, em geral, contêm definições de vocábulos ou conceitos. Por último, o autor classifica as normas em interpretativas, vale dizer, aquelas que definem ou conceituam o sentido de outras normas (SILVA, 2007, p. 67-69).

As primeiras seriam as primárias, por suficientes por si mesmas, e as não auto-aplicáveis seriam secundárias, por dependerem de outras normas que lhes completem a eficácia. [...] seria, porém, errôneo pensar assim [...] mas achamos que as interpretativas e as permissivas também poderiam ser consideradas da mesma natureza (SILVA, 2007, p. 68).

Embora importante, a classificação de Del Vecchio é confusa e não logra avanços na iniciativa deste trabalho. Pierandrei, refletindo sobre a classificação de Azzariti, distinguiu as normas constitucionais em *normas diretivas* ou *programáticas* e *normas preceptivas*. As primeiras seriam dirigidas ao legislador ordinário, podendo até estabelecer preceitos em desacordo com os mandamentos constitucionais. As segundas apresentavam aplicabilidade imediata, comandos obrigatórios; vinculativas (MACHADO, 2004, p. 26-27).

O grande problema da classificação de Pierandrei e Azzariti era conceber a existência de normas constitucionais não jurídicas; simples exorto para o cumprimento da tarefa legislativa. Foi com o trabalho de Vezio Crisafulli que as normas programáticas galgaram certa normatividade. O autor italiano elaborou a seguinte classificação normativo-constitucional: (a) *normas imediatamente preceptivas* ou *constitutivas*; (b) *normas programáticas*; (c) *normas de eficácia diferida* (BONAVIDES, 2001, p. 215-227).

As primeiras equivaleriam às *self-executing provisions* do Direito Constitucional clássico norte-americano, regulando diretamente relações entre os cidadãos e entre o Estado e cidadãos. Seriam facilmente depuradas, não comportando dúvidas para sua aplicação imediata (BONAVIDES, 2001, p. 216-217).

Nas palavras de V. Crisafulli, as *normas programáticas*, peculiarmente elaboradas, preestabelecem um programa de ação, com respeito ao próprio objeto de regulação, obrigando ao legislador dele não se afastar sem um justificado motivo. Dirigem-

se ao legislador, direcionando a atividade estatal. São vinculativas do programa que estabelecem, impedindo a transgressão legislativa e obrigando a intervenção futura do legislador ordinário para complementar o conteúdo da norma, cumprindo o desiderato para a qual foi criada (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 221-222).

No campo da *programaticidade* normativa, V. Crisafulli muito contribuiu com a sua teoria da normatividade dos princípios. Entendia ele que princípio seria “toda norma jurídica considerada como determinante de outra ou outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares” (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 244). Assim, descarta os princípios como simples diretrizes normativas, lembrando que

A eficácia dos princípios constitucionais não se exaure na sua aplicabilidade às relações que formam o respectivo objeto. Um lugar de particular importância diz respeito indubitavelmente à sua eficácia interpretativa, consequência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema (*apud* BONAVIDES, 2001, p. 245).

As normas de *eficácia diferida*, também denominadas *normas de legislação*, assemelham-se às *normas programáticas*, pois demandam normativização futura para sua complementação. Porém, diferenciam-se dessas porque já definiriam a matéria que lhe serve de objeto – a qual necessitaria apenas de efetivação prática mediante atos legislativos de aplicação –, e porque não apenas dirigidas aos órgãos do Estado (BONAVIDES, 2001, p. 225-226).

Partindo da premissa de que não há normas sem eficácia – vale dizer, todas geram algum tipo de efeito –, José Afonso da Silva vai repudiar a classificação de Vezio Crisafulli. Avançando, Afonso da Silva classificará as normas constitucionais da seguinte forma: (a) normas constitucionais de *eficácia plena*⁸⁹; (b) normas constitucionais de *eficácia contida*; e (c) normas constitucionais de *eficácia limitada* ou *reduzida*. As primeiras seriam aquelas que, desde a entrada da constituição em vigor, produzem ou têm a possibilidade de produzir todos os efeitos jurídicos necessários para suprir as necessidades para a qual a norma foi editada, na concepção do legislador. As segundas seriam normas que também produzem sua eficácia imediata, desde a entrada em vigor da constituição, cujo texto prevê meios de manutenção de sua eficácia contida em certos limites.

Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (SILVA, 2007, p. 82-83).

Carlos Ayres Britto e Celso Bastos, contrapondo-se a classificação de José Afonso da Silva, propõem uma tipologia normativo-constitucional diferenciada. Quanto ao

⁸⁹ Essas normas constitucionais “che non hanno bisogno di essere integrate” (SILVA, 2007, p. 93) regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. “Impõe, por si, uma ação ou omissão [...] geral, quase sempre, direitos subjetivos para os indivíduos ou entidades a que conferem uma situação subjetiva de vantagem” (SILVA, 2007, p. 171).

modo de incidência, as normas constitucionais seriam classificadas como (1) *normas integráveis* ou *de integração*; e (2) *normas inintegráveis* ou *de mera aplicação*. As primeiras subdividem-se em (1.1) *normas restritivas*; e (1.2) *normas complementáveis*.

As normas de integração se bipartem em regras completáveis e regras restritivas. As completáveis, exigentes de uma vontade normativa inferior para ocupar o espaço *in albis* deixado pela vontade constituinte, adicionando ou agregando algo novo ao centro mandamental originário. São regras de grau eficaz incompleto, à espera de suprimento regulatório. As restritivas, não propriamente exigentes, porém tolerantes de uma nova manifestação volitiva regulatória, para encurtar, de alguma forma, o seu raio originário de incidência, ou campo inicial de regulação. Logo, as normas de eficácia plena, porque aptas a produzir todos os seus efeitos, por si mesmas, tão logo vigorantes. É falar, normas cujos efeitos não são passíveis de complemento, porque exuberantes quanto ao modo de regulação da matéria sobre que incidem. Seus efeitos, justamente por já serem completos, integrais, são suscetíveis apenas de redução ou encurtamento, após a formulação da nova vontade legislativa, de escalão inferior (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 61).

A classificação está longe de ser didática. As normas *de mera aplicação* seriam *normas preceptivas de eficácia plena*. Por sua vez, as normas *de integração* variariam ora em normas de *eficácia plena*, ora normas de *eficácia parcial*.

Ainda, as normas *de mera aplicação* se subdividiriam em (2.1) normas *de conteúdo e operatividade reforçáveis (regulamentáveis)*; e (2.2) normas *de conteúdo e operatividade irreforçáveis (irregulamentáveis)*. As normas *regulamentáveis* seriam regras que “*malgrado o seu conteúdo pétreo, admitem sua regulamentação por via subalterna. Aceitam um regramento ancilar, que se revele como instrumental à sua melhor aplicação*” (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 44). Difeririam, pois, das normas *irregulamentáveis*, porque auto-instrumentadas o bastante para inadmitirem legislação regulamentadora.

Ademais, quanto à produção de efeitos as normas constitucionais poderiam ser classificadas em (3) normas de *eficácia parcial*; (4) normas de *eficácia plena*. Espécie das primeiras seriam as (3.1) *normas completáveis*; das segundas as (4.1) *normas inintegráveis*; e as (4.2) *normas restritivas (integráveis)*. A motivação da divisão em *normas inintegráveis e integráveis* encontraria amparo na vocação das regras para atuarem com ou sem o concurso de outra vontade modeladora dos seus comandos. Assim, o termo *integração* possui o sentido de “*Íntima composição de duas vontades legislativas vocacionadas para a coalescência, uma de escalão constitucional e outra de graduação ordinária, ainda que a primeira seja de eficácia plena*” (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 61).

Com o que a palavra *integração* assume um significado ambivalente, mais amplo que o consagrado pela Teoria do Direito, pois ora toma o sentido de complemento, colmatação ou preenchimento de um vazio regratório preexistente, ora tem a acepção de encurtamento, redução ou contração de um campo regulatório de maior abrangência. Daí as espécies “completáveis” e “restritivas”, em que o gênero das normas de *integração* se desdobra (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 62-63).

Sob a perspectiva do autor, as normas de *eficácia limitada* são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente adquirem a totalidade de sua *eficácia* e do espectro de valores para a qual foi criada após a edição de norma futura que lhe devolva

eficácia, ainda que “tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não-essenciais, ou, melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes” (SILVA, 2007, p. 83). Caso a contenção, por lei restritiva, não ocorra, “a norma alvo da normativização ulterior será de aplicabilidade imediata e expansiva” (SILVA, 2007, p. 85).

Conquanto válida em muitos sentidos, as classificações tipológicas de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto malograram. Mais afeiçoadamente à teoria constitucional brasileira, que pretende simplificar-se, ajustou-se a classificação de José Afonso da Silva.

Luís Roberto Barroso, valendo-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello que dividiu as normas constitucionais em três categorias distintas (normas concessivas de poderes jurídicos, normas concessivas de direitos e normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida), objetivou propor uma classificação diferenciada que reduzisse a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei fundamental. Assim, o autor enquadrou as normas constitucionais na seguinte tipologia: (a) normas constitucionais *de organização*; (b) normas constitucionais *definidoras de direito*; (b) normas constitucionais *programáticas*.

As normas constitucionais *de organização* seriam *normas de estrutura ou de competência*⁹⁰, caracterizadas por uma “*obrigação objetiva de algo que deve ser feito*”⁹¹, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências” (BARROSO, 2001a, p. 97). Veiculam decisões políticas fundamentais ao definirem a forma de Estado e de Governo (v. gr., art. 1º, art. 2º e art. 76 da CF), definem as competências dos órgãos constitucionais (arts. 21, 25, 30, 49, 84 e 96, da CF), criam órgãos políticos (art. 44, 92, 101 e 125, §3º, da CF) e estabelecem normas *processuais* e *procedimentais* de revisão da própria Constituição (art. 60, §4º, I, da CF), de defesa (art. 102, a, e art. 103 da CF), de aplicação de outras normas (art. 102, III, da CF), de elaboração legislativa (art. 47 da CF) e de fiscalização (art. 50 e 71 da CF). Portanto, são complexas e tem funções diversificadas, geralmente dirigidas aos próprios Poderes do Estado e seus agentes (BARROSO, 2001a, p. 97-99).

As normas *definidoras de direitos* repercutem na esfera jurídica dos indivíduos. Enquadram-se numa idéia central de *direitos subjetivos*, “entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse” (BARROSO, 2001a, p. 103), e *dever jurídico*, enquanto obrigação de cumprimento de um determinado comportamento exigido pelo detentor do direito.

⁹⁰ Conceito cunhado por Sacha Calmon Navarro Coêlho (*in Normas jurídicas*, RDP n. 78, p. 40) que denominou, em sua tipologia constitucional, normas de *organização*, de *competência* e *técnicas*. (BARROSO, 2001a, p. 95).

⁹¹ Foi Miguel Reale, em sua obra *Teoria do Direito e do Estado*, quem qualificou as normas de organização dessa forma.

A violabilidade do *dever* leva à pretensão do direito de cumprimento e materialização, em prestações positivas ou negativas, de determinada situação jurídica tutelada – é a *acionabilidade* de direitos fundamentais (BARROSO, 2001a, 103-106).

O reconhecimento da índole normativa das regras que conferem direitos, principalmente os direitos de ordem social, gera situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção⁹², ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado para implementá-los⁹³ (BARROSO, 2001a, p. 108).

Igualmente, a força normativa das regras definidoras de direitos leva à compreensão de uma obrigação ativa (*prestação positiva*) do legislador consubstanciada na edição de norma infraconstitucional integradora dos interesses tutelados pelas normas. É o que se vislumbra nas consagradas expressões “conforme definido em lei” (art. 7º, XI) e “na forma da lei” (art. 7º, XXVII).

Encontra-se revestido nessas normas o poder de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o sujeito passivo deixar de satisfazê-la.

Contudo, afirma Barroso que “onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada, por via direta ou indireta, a palavra direito” (BARROSO, 2001a, p. 111-112, 115), lembrando que

ao reduzir a uma determinada categoria as normas definidoras de direitos, reconhecidos como direitos subjetivos, não se está a significar que as normas dos outros dois grupos não possam igualmente criá-los. O critério utilizado foi o da predominância ou, antes, o da preeminência do aspecto versado na norma (BARROSO, 2001a, p. 116).

As normas *programáticas*⁹⁴ seriam normas que conformam a ordem econômica e social, determinando postulados de justiça social e realização espiritual, protegendo o indivíduo das desigualdades econômicas e elevando-lhe as condições de vida, em sentido mais amplo. Definem direitos para o presente, que são os sociais, e contemplam certos interesses, de caráter prospectivo “firmando determinadas proposições diretivas, desde logo observáveis, e algumas projeções de comportamentos, a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade” (BARROSO, 2001a, p. 118).

Delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível,

⁹² É o caso do direito de greve, contemplado no art. 9º da Constituição Federal Brasileira.

⁹³ São exemplos: (a) proteção à saúde (art. 196); (b) previdência social (art. 6º e 201); e (c) aposentadoria da mulher após trinta anos de contribuição (art. 201, §7º, I, da CF). Elas dão direito ao administrado para opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido preceptivo constitucional, bem como dão direito à obtenção de decisões interpretativas orientadas no mesmo sentido e direção apontadas por essas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos (BARROSO, 2001a, p. 108-109, 122).

⁹⁴ Barroso (2001a, p. 118-119) dá alguns exemplos tais como a “função social da propriedade” (art. 170, III), o artigo que estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” (art. 193) e o que determina que o Estado “apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (art. 215).

vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, *atípico*, elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigí-la (BARROSO, 2001a, p. 116).

A classificação de Luís Roberto Barroso aproxima-se da classificação de José Afonso da Silva, quando ambas reconhecem a necessidade de regulamentação posterior na seara das normas *programáticas* e daquelas *definidoras de direitos*. Poder-se-ia dizer que a classificação de Barroso gira em torno da natureza das normas e a de José Afonso da Silva em torno da sua eficácia.

2.2.2 José Afonso da Silva e a *teoria das normas regulamentáveis*

Afonso da Silva debruçou-se sobre as normas que necessitam de regulamentação ulterior, classificando-as da seguinte forma: (a) normas de eficácia contida, de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não integral; e (b) normas de eficácia limitada, dentre as quais, subdividem-se ainda (a) normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; e (b) normas declaratórias de princípio programático (SILVA, 2007, p. 86).

As normas de eficácia contida tutelam valores de alta relevância para os indivíduos. Traduzem elas uma limitação ao Poder Público em suas relações com os governados.

Consubstanciam, quase todas, os direitos fundamentais e democráticos do homem e as garantias a esses direitos [...] porque tais interesses⁹⁵ se revelam como valores importantes para a ordem social, as normas constitucionais de eficácia contida oferecem instrumentos diretos à sua proteção: *habeas corpus*, mandado de segurança, direito de petição, *habeas data*, mandado de injunção, etc (SILVA, 2007, p. 172).

As mesmas situações podem ser tratadas, ainda que de forma simplificada, pelas normas de eficácia limitada de princípio institutivo, mesmo porque por princípio deve-se entender “começo” (SILVA, 2007, p. 199). Sempre há um interesse protegido, mais ou menos intenso pela principiologia normativa das normas de eficácia limitada.

As situações positivas ou de vantagens, criadas por essas normas, raramente passam de interesse legítimo, muitas ficam restritas ao interesse simples. As situações de vínculo ou negativas são geralmente intensas, bem próximas das que configuram as normas de eficácia plena, visto que os Poderes Públicos somente podem atuar nos limites que elas estabelecem; estão vinculados a isso, e, ultrapassando esses limites, surge o direito subjetivo, da parte de eventuais prejudicados, de impugnar o ato decorrente do abuso (SILVA, 2007, p. 174).

Quanto às normas programáticas, delas derivam vínculos tanto para o legislador, quanto para o administrador e para o juiz. Traduzem uma situação subjetiva de vínculo⁹⁶,

⁹⁵ José Afonso da Silva, citando Carnelutti, leciona que “interesse é uma posição favorável à satisfação de uma necessidade” (2007, p. 168). Interesse é a posição que liga sujeito de direitos ao bem juridicamente protegido, criando, assim, a relação jurídica tutelada. Como lembra Carnelutti, “homem e bem são os dois termos da relação, que chamamos interesse” (*apud* SILVA, 2007, p. 168). Assim, o escopo do direito é tutelar bens e interesses.

⁹⁶ Nesse interim, é importante conceituar o que seriam “direitos subjetivos” para daí entender o que seriam situações de vínculo subjetivas. G. Jellinek conciliou a terminologia de direitos subjetivos como interesses juridicamente protegidos e direitos

isto é, situações subjetivas negativas, ao passo que, em momento algum, chegariam a constituir *direito subjetivo*⁹⁷, na acepção tradicional do termo. Daí porque se subdividem em “(a) normas programáticas de *simples escopo*; e (b) normas programáticas que, ao prescreverem o fim a atingir, indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa” (SILVA, 2007, p. 138).

Somente as normas que confirmam um direito subjetivo perfectibilizado sustentariam pretensões argüíveis no juízo ordinário. A teoria tipológica normativo-constitucional as identifica apenas como normas de eficácia plena e contida. Por ocasião, as normas de eficácia limitada, justamente por se enquadrem no conceito de *direito subjetivo passivo*⁹⁸, identificar-se-iam como interesses potencialmente relevantes (direitos subjetivos condicionados) que subordinam sua aplicabilidade plena a uma medida jurídica (obrigação), que lhes permitirão a conversão da situação jurídica obstada numa situação jurídica concreta e exequível.

Em outras palavras, dir-se-ia que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio programático possuem “um conteúdo social, objetivando a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social” (SILVA, 2007, p. 125), mas que somente galgam o *status* de diretrizes⁹⁹, isto é, uma classe de normas interpretativo-sistemáticas que estabelecem uma meta que se busca alcançar, daí porque não seriam *diretamente vinculativas*¹⁰⁰ a uma prestação positiva por parte do legislador.

subjetivos enquanto poder da vontade preceituando a seguinte máxima: “[direito subjetivo] é o poder de querer que tem o homem, reconhecido e protegido pela ordem jurídica, enquanto dirigido a um bem ou interesse” (*apud* SILVA, 2007, p. 169). Hodiernamente, essa classificação jurídica foi superada, surgindo, então, a noção de situações jurídicas subjetivas, conceito muito mais amplo. “Nessa classe, distinguem-se os simples interesses, as expectativas de direito, os interesses legítimos, os direitos condicionados e os direitos subjetivos. As situações jurídicas subjetivas envolvem a consideração desses interesses juridicamente relevantes, e sua proteção é tanto mais intensa quanto mais eficazes forem as normas que as têm como objeto” (SILVA, 2007, p. 169).

⁹⁷ Normas programáticas como as do art. 170, *caput*; do art. 170, VII; do art. 170, VIII; do art. 184; do art. 218; do art. 218, §1, e outras semelhantes, certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação não delimitando seu objeto nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com providências executivas. No máximo, aí se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação integrativa ou de outra atividade. Normas programáticas como as do art. 170, III; do art. 226; do art. 205; do art. 215; entre outras semelhantes, já tutelam mais intensamente os interesses referidos. Delas surge interesse legítimo que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários. O princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorial, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade. Por outro lado, se a educação é direito de todos, embora ainda programaticamente, a regra pode servir de base para sustentar certas situações subjetivas do educando. Aliás, a Constituição até já reconhece como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório, norma que tem como contrapartida a responsabilidade da autoridade competente pelo não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (SILVA, 2007, p. 176-177).

⁹⁸ As situações são divididas em ativas e passivas. As ativas, segundo Barile, conferem direitos subjetivos, perfeitos, direitos condicionados, interesses legítimos, interesses simples, poderes e faculdades. As passivas, por sua vez, consistem na subordinação de um interesse realizado mediante uma medida jurídica. Quando a medida adotada é uma sanção, a situação passiva concretiza-se na subordinação de um interesse, mediante um vínculo imposto à vontade ou, invertendo os termos, um vínculo imposto à vontade pela subordinação de um interesse. Esse tipo de situação jurídica toma o nome de obrigação (SILVA, 2007, p. 170).

⁹⁹ V. o disposto no item 1.8 “A Dimensão Formal e Material da Constituição” e 2.1 “Uma Questão de Efetividade Constitucional” desta obra.

¹⁰⁰ Para José Afonso da Silva (2007, p.164) as normas programáticas detêm apenas as seis subseqüentes funções: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes

As normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo “têm conteúdo organizativo e regulativo de órgãos e entidades, respectivas atribuições e relações. Têm, pois, natureza organizativa sua função primordial é a de esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos” (SILVA, 2007, p. 125).

Ainda que não haja menção a *direitos, liberdades* ou *prerrogativas* constitucionais, as normas de princípio institutivo identificam-se como “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (SILVA, 2007, p. 126).

Aqui há uma determinação concreta para a regulamentação de determinado instituto ou direito, razão pela qual a norma não é meramente interpretativa: exige vinculativamente uma prestação positiva por parte do legislador. Frise-se: esse tipo de normas não impõe a criação futura de direitos. Por outro lado, criam-nos impondo uma regulamentação ulterior.

a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos Poderes Públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos (CANOTILHO *apud* SILVA, 2007, p. 145).

José Afonso da Silva vai adiante, adentrando na discricionariedade legislativa das normas de eficácia limitada de princípio institutivo. Para ele esse tipo de normas se subdivide em *impositivas* e *facultativas*. *Impositivas* são aquelas que demandam a emissão de legislação futura integrativa. *Facultativas* ou *permissivas* são aquelas que não impõem uma obrigação, limitam-se a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada. Adverte, porém, que a obrigatoriedade da imposição é de pequena eficácia “visto que, ao menos juridicamente, não se pode constranger o legislador a legislar¹⁰¹, nem mesmo naqueles casos em que lhe é prefixado prazo” (SILVA, 2007, p. 127). A *executoriedade* das normas dependeria, assim, da promulgação da lei integrativa, seja *facultativa*, seja *impositiva*.

Convém, contudo, afastar uma possível, confusão que esse fenômeno pode gerar: a lei é mero instrumento subordinado; a norma constitucional, ainda que revele simples esquema, continua a ter sua característica básica de regra jurídica dotada de supremacia hierárquica (SILVA, 2007, p. 135).

do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

¹⁰¹ José Afonso da Silva sustenta a impossibilidade de se coagir o órgão Legislativo, em virtude da preservação do princípio da *discricionariedade do legislador*, citando, para tanto, o ensinamento de Levi: “Ninguém é legitimado para o exercício de uma pretensão jurídica objetivando o adimplemento de tal prestação por parte dos órgãos legislativos – isto é, ninguém tem direito subjetivo à aprovação de qualquer lei, ainda que determinada no texto da constituição” (*apud* SILVA, 2007, p. 129). Trata-se mais de uma obrigação política do que jurídica. Verificada a mora do poder legislativo, caracteriza-se uma obrigação de natureza jurídica e moral, faltando-lhe, porém, sanção específica.

Aqui reside o grande problema proposto por José Afonso da Silva: o legislador teria, na sua concepção, apenas uma faculdade. Quanto à iniciativa da lei, tem discricionariedade completa, não podendo sequer ser censurado moral ou politicamente se não a tomar, até porque, nesse caso, não se pode manejar ação tendente a declarar a inconstitucionalidade por omissão. As normas *de princípio institutivo* somente vinculam o legislador quando ele almejar disciplinar a matéria nelas prevista¹⁰² (SILVA, 2007, p. 134).

Eis o dogma da *onipotência do legislador* ou *de totalitarismo legislativo*, segundo o qual, em virtude do princípio da separação dos poderes, a Constituição não comportaria heterovinculações à liberdade de conformação legislativa. Assim, ela não estaria acima do Legislativo, mas à sua disposição (quando se sustenta o *directivismo constitucional*).

O entendimento não parece acertado do posto de vista da vinculatividade do órgão legislativo. Se a Constituição impõe a concretização de determinado instituto não deveria ela estar à mercê da disposição legislativa. Os preceitos constitucionais concretos não se submetem à vontade do legislador de editá-los ou não. Muito pelo contrário, se a Constituição regulamentou certo instituto ou certa situação fática o fez por acreditar que era essencial e necessário à ordem jurídica, mesmo porque fora muito provavelmente contemplada pelos desejos e pelas aspirações da sociedade. Querer atribuir discricionariedade legislativa em grau amplo é querer frustrar a decisão política e social, proveniente do embate de forças da Constituinte. Como dito alhures, a Constituição almeja concretizar-se, não há disposições facultativas, não há texto constitucional inócuo.

Diante disso, não se olvide a efetiva independência dos poderes, mas se deve frisar que a vinculação das funções à unicidade do poder impinge-lhes a observação de um mínimo de sistematização que leva, em última análise, a um grau, ainda que residual, de heterovinculação legislativa. Os poderes se comunicam e se controlam.

Da mesma forma que é vedado ao Judiciário, diante do princípio explícito da inafastabilidade do controle jurisdicional, furtar-se das decisões, é vedado ao legislativo, implicitamente, furtar-se da função constitucional de legislar e, além disso, de exercer ativamente a representação popular e concretizar os comandos e anseios da Constituinte.

Por outro lado, a eficácia imediata dos direitos fundamentais, estampada no art. 5º, §1º, da CF, bem como o mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF, possibilitam aos particulares, em tese, a invocação judicial contra as omissões inconstitucionais do legislador.

O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm,

¹⁰² Em regra, as normas que facultam ao legislador regular determinado assunto, mediante lei, seguem a orientação que terminamos de mencionar. São permissivas, mas não destituídas de eficácia, pois limitam a ação do titular da permissão, o que prova que são dotadas de imperatividade, porquanto, dadas as circunstâncias de sua incidência, obrigam determinado comportamento (SILVA, 2007, p. 134).

igualmente, uma dimensão subjectiva e objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direito subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos (CANOTILHO *apud* SILVA, 2007, p. 153).

Crê-se, pelo exposto, que a faculdade de exercer os direitos advindos da legislatura está contida na regulamentação de direitos contidos em normas programáticas em sentido estrito, ainda que possuam mínima carga de vinculatividade, e não às normas de princípio institutivo. Aquelas condicionam interpretativa e sistematicamente sua observância à hipótese de edição de regulamentação futura, estas impõe, desde já, sua instituição e implementação, determinando a observância obrigatória de seu comando.

2.3 TEORIA DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

A *atribuição de um poder* aos entes estatais com uma *finalidade pública* a ser desempenhada vincula-os diretamente a satisfação de determinados direitos fundamentais impondo-lhes, portanto, o dever de atuar, sob pena de inconstitucionalidade.

A questão da atividade legislativa – enquanto expressão de uma função estatal – e de sua finalidade passa invariavelmente pelas questões da materialidade e formalidade da Constituição, facultatividade e, por conseguinte, vinculação legislativa à atribuição de legislar. Sob o aspecto material da Constituição, a atividade do legislador é guiada pelo princípio da igualdade¹⁰³ (no caso concreto), indispensável para a uniformização dos direitos aplicáveis – o povo deve ter igualdade de condições perante as políticas públicas de implementação de direitos. Sob o aspecto formal da Constituição, a questão se imiscuirá na análise do princípio da legalidade¹⁰⁴ – da mesma forma que a legalidade vincula a atividade administrativa e judiciária, vincularia a atividade legislativa. Em outras palavras, sujeita “os poderes públicos à realização da Constituição impondo a tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito”, sob pena de ser compelido a fazê-la¹⁰⁵ (PIOVESAN *apud* SOUZA, 2004, p. 39-40).

A questão da inconstitucionalidade por omissão acentua-se, principalmente, nos países periféricos das chamadas “modernidades tardias”, em razão da grande disparidade

¹⁰³ Igualdade no sentido de ampliação das oportunidades no Estado social, em busca da liberdade plena. “A elaboração de Constituições dirigentes, conferindo aos direitos coletivos o caráter de supremacia e rigidez de que são dotados os dispositivos constitucionais, é um passo significativo rumo à universalização dos direitos fundamentais” (SOUZA, 2004, p. 40), no qual a omissão legislativa é empecilho à aplicabilidade das normas constitucionais.

¹⁰⁴ No Estado de Direito, os destinatários do princípio da legalidade são os órgãos do Estado, que se devem ater às leis. Qualquer decisão administrativa não pode vir desacompanhada desses pressupostos: “*judicial review of administrative acts is far too large a subject for me to deal with here, although it must be mentioned as a potential limitation on the finality of administrative decisions*” (BARACHO, 1984, p. 94)

¹⁰⁵ Para muitos doutrinadores, atribuir efeitos concretos ao controle da omissão inconstitucional pelo Poder Judiciário pode redundar em violação ao princípio da separação dos poderes. A estes, lembra com propriedade Flávia Piovesan que, *tratando-se de uma opção entre a separação dos poderes e a supremacia da Constituição, haverá sempre ser este último o princípio de prevalecer, eis que, afastando ele, a própria separação de poderes restaria suprimida.*

político-social. Em geral, as normas não regulamentadas estão distantes dos interesses dos grupos dominantes detentores da representatividade popular – é o déficit de representatividade pós-moderna.

En materia de derechos personales con fuente exclusiva en el derecho interno, no es raro que decenas de cláusulas “programáticas” de la Constitución nacional, enunciativas de derechos, queden congeladas ante la inacción del legislador en sancionar las normas reglamentarias del caso. El terreno más común es el de los derechos económico-sociales. También es cierto que en muchas hipótesis el constituyente ha pecado de utopismo, prometiendo a los habitantes más beneficios que aquellos que racionalmente podría declarar, en función de las posibilidades materiales o culturales del medio. En tal sentido, bien podría decirse que a mayor saturación constitucional de derechos que podríamos llamar “impracticables” o “imposibles” de realización, mayor riesgo hay de inconstitucionalidad por omisión, y aunque, en ciertas situaciones, la inconstitucionalidad omisiva justificada acaece cuando el constituyente injerta en la ley suprema institutos del derecho extranjero de poca viabilidad en su país, por mero diletantismo o plagio. Pero en otros supuestos la mora en la producción de reglas generales no tiene disculpas, o simplemente es producto de intereses subalternos de los partidos, renuentes a dictar normas que pudieran perjudicar sus posiciones particulares (SAGÜES, 2002, p. 608).

Quanto à forma, o fenômeno da mora inconstitucional pode ser classificado em *inconstitucionalidade por omissão parcial*¹⁰⁶ ou *integral*. Esta se dá quando há descumprimento integral do dever de legislar. Aquela ocorre quando a inconstitucionalidade resulta do cumprimento imperfeito ou insatisfatório da norma constitucional, em especial quando o legislador não edita o preceito regulamentar de acordo com o mandamento constitucional, não atendendo todos os interesses contemplados pela norma de eficácia aberta (SEHN, 2001, p. 244-245).

Quanto à natureza, Jorge Miranda, partindo da premissa de uma *constituição rígida* e da formação de um *princípio da constitucionalidade*¹⁰⁷, classifica a omissão inconstitucional em quatro categorias distintas: (a) inconstitucionalidade por omissão de atos normativos, que ocorre quando o legislador não edita os atos legislativos necessários à exequibilidade das normas constitucionais não executáveis por si só; (b) inconstitucionalidade por omissão de atos políticos ou de governo, quando não são implementados comandos constitucionais concretos (v. gr. Nomeação de titulares de cargos constitucionais); (c) inconstitucionalidade por omissão de revisão ou reforma constitucional; (d) inconstitucional por omissão de medidas administrativas; (e) inconstitucionalidade por omissão de decisão judicial, que equivale à própria denegação da justiça (*apud* PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 117).

¹⁰⁶ Segundo Jorge Miranda (*apud* SEHN, 2001, p. 245), a doutrina costuma apontar como exemplo típico de inconstitucionalidade por omissão parcial as hipóteses de *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*, nas quais o legislador desconsidera certas pessoas ou categorias de pessoas em situação idêntica às contempladas pela norma.

¹⁰⁷ A par com a evolução operada no conteúdo da Constituição existe uma evolução em plano um tanto diferente. Representá-la-emos como sendo o decurso de uma Constituição, tido por garantia terminante e necessária, para uma autonomizada garantia das normas; como sendo a passagem de uma luta pela Constituição, título de segurança e justiça, para um empenho em se rodear de meios acessórios de coercibilidade. Não basta que a Constituição outorgue garantias tem por seu turno, de ser garantida. O *princípio da constitucionalidade* declara-se, portanto, princípio de uma idade mais avançada do tipo histórico de Estado em que se supera o constitucionalismo liberal e monárquico, e declara-se princípio de uma idade mais tensa, de conflito. Por si não pretende trazer a solução possível, apenas se anima a contribuir com a ordem decorrente do Direito aceite e cumprido (MIRANDA, 1996, p. 77-78).

Canotilho define omissões inconstitucionais uma *exigência constitucional de acção*, não bastando o simples *dever geral de legislar*. Para o autor, a inércia legislativa deriva do “não cumprimento de *imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito*, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição” (CANOTILHO, 1997, p. 829).

A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado): é também um conjunto de *normas positivas* que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas e outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição: *inconstitucionalidade por omissão* (*apud* PFEIFFER, 1999, p. 63-64).

A mora inconstitucional consiste numa abstenção indevida, ou seja, “em não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma certa e determinada” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 118). Isto é, sua exequibilidade está condicionada a uma integração normativa ulterior que deve ser realizada num razoável espaço de tempo.

Quer-se com isso dizer que a análise da omissão legislativa não pode se desprender da apreciação do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão é sempre um juízo sobre o tempo útil, razoável e necessário para proceder à integração da normatividade constitucional. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 123).

A omissão inconstitucional “verifica-se sempre que, mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, o destinatário não o faça, *não o faça nos termos exigidos*, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas” (MIRANDA, 2001, p. 272).

Esse prazo proporcionalmente inverso de integração normativa é aferido num juízo interpretativo do aplicador da norma, à vista dos valores constitucionais afetados e do âmbito de incidência da norma ineficaz. Portanto, quanto maior for a relevância da matéria a ser integralizada, menor o lapso temporal disponibilizado ao legislador. Aqui, deve o magistrado sopesar os princípios da proporcionalidade, máxima efetividade do texto constitucional e menor sacrifício do cidadão. Porém, a discricionariedade na aferição do prazo razoável não impede que se tome um marco fixo para se considerar extrapolado o prazo de regulamentação. André Puccinelli Júnior sugere um método eficaz para a aferição do decurso do prazo da mora legislativa.

Ilustrativamente, na ausência de outros empecilhos técnicos ou materiais, julgado factível tomar de empréstimo o prazo de conclusão dos projetos de iniciativa presidencial em trâmite sob regime de urgência (CF, art. 64, §2º), fixando em noventa dias, ou intervalo próximo a isto, o período que se considera razoável para regulamentar uma norma constitucional carecedora de lei reservada à iniciativa exclusiva do Presidente da República. De igual modo, se a norma constitucional exigir dispêndios na implementação de programas socioeconômicos, certamente os

agentes públicos, quando instados a dar consecução a tais meta, haveriam de invocar motivos de conveniência e oportunidade administrativa, além de escassez de recursos, a fim de maximizar o prazo de integração normativa (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 124).

O reconhecimento da omissão inconstitucional é o reconhecimento da realização de um produto constitucional; é o reconhecimento de um Estado Social concretizador e da necessidade de afirmá-lo ativamente. O descaso com a Constituição vem afirmar a responsabilidade de um legislador inerte, compromissado com o poder constituinte e com uma obrigação constitucional positiva, além da necessidade de um tribunal constitucional conformatador (MAC-GREGOR, 2002, p. 190-194).

A teoria da omissão inconstitucional atrelada aos mecanismos de concretização da constituição busca garantir a ingerência de um determinado seguimento da sociedade, utilizando-se do judiciário ou de mecanismos diretos de participação democrática, em face dos demais poderes, de forma harmônica e contida, quando direitos constitucionais sejam violados, objetivando garantir-lhes plena efetividade.

Más alla o más acá de algunas características, la idea que debe primar en las actuales jurisdicciones constitucionales, sobre todo desde la perspectiva latinoamericana, es afirmar una expresa tutela a través del control de la constitucionalidad por omisión, a fin de que, la supuesta 'discrecionalidad' de las autoridades estatales no afecten a la norma suprema por su falta de desarrollo legislativo. Por otro lado, no se descarta que exista también un instrumento procesal de *acciones de inconstitucionalidad por omisión concreta*, en donde el justiciable puede entablar ante el juez ordinario ya no una omisión absoluta, sino "relativa", con posibilidad real que el juzgador supla dicha inercia legislativa (ETO CRUZ, 2002, p. 185).

Contrapondo-se à tese esposada, certa parte da doutrina, principalmente nos países latino-americanos, pretende descaracterizar a mora na omissão inconstitucional sob o argumento da ausência de vinculatividade do legislador às normas de eficácia limitada, sobretudo aquelas caracterizadas por sua predominante programaticidade normativo-constitucional.

Além disso, os dissidentes sustentam a supremacia do princípio da liberdade de conformação do legislador, na escolha das matérias a serem legisladas, isto é, o Poder Legislativo goza de liberdade normativa para regulamentar as matérias constitucionais em aberto, em virtude da natureza política dessas escolhas.

Outro argumento forte é o da divisão dos poderes vista sob seu aspecto estático, negando a tese de que o magistrado, expedindo sentença mandamental, pudesse compelir o legislador na regulamentação de determinada norma.

Ademais, ventilando a tese de que os futuros governos não teriam obrigação de seguir os programas de ação governamental anteriormente traçados, certos da possibilidade de elaborarem e construírem novas propostas para a sociedade.

Por último, a jurisdição constitucional possuíra um caráter legiferante negativo, razão pela qual a atuação do julgador colocaria em cheque a política normativa elaborada

pelo legislador, desestabilizando o ordenamento constitucional (ETO CRUZ, 2002, p. 185-188).

Esse descaso com a inconstitucionalidade denuncia a existência de “fraudes à Constituição” – mutações constitucionais que destoam dos valores preservados pela sociedade –, o fortalecimento incompreensível do Poder Executivo e, sobretudo, a desvalorização do caráter normativo da Constituição (FIX-ZAMUDIO, 1998, p. 23-25).

Ainda que fortes esses argumentos tendentes a desconsiderar as mazelas da mora constitucional, a ciência constitucional comparada tem enfrentado o tema detidamente. O primeiro país a prever expressamente o instituto da omissão legislativa foi a Iugoslava, no art. 377¹⁰⁸ da Constituição de 1974. Na Alemanha o *Bundesverfassungsgericht* cuidou da disfunção omissiva, buscando emprestar eficácia plena aos preceitos constitucionais inexecutáveis por meio do *Konkretisierung*¹⁰⁹ (processo de concretização constitucional).

No campo da jurisdição constitucional alemã, foram criados diversos mecanismos que buscaram proscrever efetivamente a mora inconstitucional do ordenamento jurídico, *v. gr.* a possibilidade de o tribunal constitucional emanar diretivas ou ordens destinadas à concretização de direitos, de acordo com o art. 32, n. 2, da Lei Fundamental de Bonna.

Analizando o tema, Sérgio Fernando Moro aduz que as diretivas têm servido para colmatar as lacunas da lei, possibilitando a regulamentação provisória de certas matérias enquanto perdurar a inércia legislativa. Cita como exemplo o caso *Vishaka v. State of Rajasthan*, de 1997, em que a Suprema Corte baixou diretivas para assegurar a igualdade de gênero ameaçada no ambiente de trabalho pela ausência de proibição normativa do assédio sexual às mulheres. Do *decisum* transcreve-se o seguinte excerto: “Em vista do acima exposto e da ausência de lei promulgada para garantir a igualdade sexual e a proteção contra o assédio e o abuso sexual, mais particularmente contra o assédio sexual em ambiente de trabalho, nós baixamos as linhas e normas especificadas a seguir para serem devidamente observadas em todos os locais de trabalho ou em outras instituições, até que seja promulgada legislação com esse propósito. Isso é feito no exercício do poder disponibilizado pelo art. 32 da Constituição para efetivação dos direitos fundamentais e enfatizamos que isto deve ser tratado como lei declarada por esta Corte sobre o artigo 114 da Constituição” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 135).

Igualmente a Constituição Indiana¹¹⁰, conquanto tenha o mais extenso texto constitucional do planeta, progrediu muito no campo da regulamentação dos direitos fundamentais ineficazes face à ilação inconstitucional da atividade legislativa,

¹⁰⁸ Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Socialista Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará do fato conhecimento à Assembleia da República Socialista Federativa da Iugoslávia. (PUCCINELLI, 2007, p. 135).

¹⁰⁹ No Brasil, a doutrina alemã motivou a inclusão do parágrafo 1º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁰ Em palestra realizada no Supremo Tribunal Federal em Brasília, no dia 15 de agosto de 2008, durante o “Ciclo de Palestras dos 200 Anos do Poder Judiciário Independente” o *chief justice* da Suprema Corte Indiana Sr. Konakuppakatil Godinathan Balakrishnan apontou a existência, na Constituição Indiana, de um instrumento, manejável por particulares, de coação positiva ou negativa do Estado, quando seus atos agredam direitos fundamentais dos indivíduos. A *public litigation*, uma espécie de ação popular indiana, abaliza-se nos artigos 20 a 22 da Constituição Indiana, bem como no art. 16, que confere direito público subjetivo (um *direito de petição*) aos particulares face às obrigações estatais de implementação de direitos sociais. Segundo Balakrishnan a *public litigation* é uma ação manejável por qualquer cidadão que força a adoção de medidas por parte do Poder Legislativo ou Executivo para implementar condições necessárias à fruição dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

institucionalizando de forma expressa o instituto da omissão e os métodos de concretização por meio da atuação de um tribunal constitucional.

O Brasil, com a sua Constituição Federal de 1988, andou bem na garantia da concretização dos direitos carentes de normatização futura. Incluiu no bojo das tutelas jurídicas e processuais contra a inércia do legislador ordinária quatro instrumentos de defesa dos direitos constitucionais: (a) o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF); (b) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da CF); (c) o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF); (d) a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito (art. 29, XIII, 27, §4º, e 61, §2º, da CF).

A acentuada preocupação em provar a imediata realização do texto constitucional não mais permite que seu destinatário aguarde *ad eternum* a elaboração das normas jurídicas regulamentadoras.

Admitindo-se a ingerência dos particulares no espaço público de decisão e concretização de direitos e o fortalecimento de uma estrutura rígida de separação do poder, nos moldes do pensamento liberal do século XVIII¹¹¹, está-se configurando, nas palavras de André Puccinelli Júnior, a “subversão da ordem jurídica, apresentando-se a omissão do legislador infraconstitucional mais eficaz que a atuação do constituinte, a inexistência de norma regulamentadora mais vinculante que a existência de norma constitucional” (2007, p. 136).

Seja como for, tanto a inobservância do dever geral de adequação legislativa quanto a caracterização do vácuo jurídico, frustrando a aplicação da Lei Fundamental, reclamam a emergência de uma dogmática emancipatória, capaz de outorgar máxima efetividade aos preceitos constitucionais e que não tenha receio de empunhar, de forma conseqüente, a bandeira da dignidade da pessoa humana (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 132).

2.4 MECANISMOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

A idéia de (meios de) proteção da constituição resume-se no malogro de todos os instrumentos de técnica jurídica incorporados no texto fundamental que visam a limitação do poder e o funcionamento integrado e equilibrado dos poderes públicos (MAC-GREGOR, 2002, p. 197).

Fix-Zamudio, abalizando-se nas idéias do constitucionalista espanhol García-Pelayo, lembra que a evolução dos mecanismos de contenção dos poderes não retirou a vigência do princípio da separação dos poderes, apenas alterou seu sentido:

Su función es la de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, al introducir factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales, y de obligar a los grupos políticamente dominantes a adaptar el

¹¹¹ Como se percebe, ainda prevalece neste domínio uma concepção anacrônica da separação de poderes, que interdita a assunção de funções normativas pelo Judiciário mesmo quando presente violação ao texto constitucional. Sob o pretexto de que a jurisdição não substitui a legislação, o constituinte finge controlar a omissão legislativa, quando na verdade se limita a transmitir uma advertência desacompanhada de prazo e desprovida de sanção (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 141).

contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, con la que se objetiva el ejercicio del poder (*apud* MAC-GREGOR, 2002, p. 197).

Lembra o autor que o princípio estampado na constituição estadunidense de 1787 não se compreende apenas no sentido da limitação horizontal, mas também temporal. Destacam-se nele os princípios da supremacia da constituição e do procedimento dificultado de reforma constitucional. Arelada à idéia de separação dos poderes e da supremacia constitucional, bem como ao princípio democrático, enquanto princípio irradiador do Estado Constitucional de Direito contemporâneo, está a criação de mecanismos de fiscalização da concretização constitucional, com especial enfoque à concretização das omissões inconstitucionais legislativas.

Gerardo Eto Cruz define os mecanismos de fiscalização das omissões inconstitucionais como diretos (*ordinários* ou *jurisdicionais*) – o *direito de petição* e a *iniciativa popular* – e indiretos (*extraordinários*) – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

2.4.1 Mecanismos extraordinários: direito de petição e Iniciativa Popular

No Brasil o *direito de petição* está consubstanciado no inciso XXXIV, alínea “a”, do art. 5º, da CF. Sobre o direito de petição Eto Cruz esclarece:

pero que em este caso, sería una petición que debe redimensionarse, pues de cara a la realidad, el legislador podría suplir su inercia a través de las peticiones que les solicitan las partes interesadas, dentro del marco del derecho a la participación política. Con todo, este derecho no dejar de ser un mecanismo muy relativo; sobre todo si queda a la discrecionalidad precisamente del legislador movilizar o hacer suya dichas peticiones (ETO CRUZ, 2002, p. 180-181).

Na doutrina pátria, o *direito de petição* “pode ser definido como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação” (MORAES, 2006, p. 164). Sua finalidade é de dar notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencie as medidas adequadas ao seu suprimimento.

Muito embora essa garantia afigure-se garantia constitucional à concretização de direitos, a imprecisão dos interesses juridicamente tutelados, mormente a negação de direitos subjetivos plenamente derivados de comandos constitucionais genéricos, obsta, muitas vezes, o direito dos particulares intentarem reclamações administrativas ou ingressarem no poder judiciário, seja por falta das condições da ação, seja por impossibilidade de fazê-lo.

A *iniciativa popular* de produção de leis (art. 29, XIII, 27, §4º, e 61, §2º, da Constituição da Republica Federativa do Brasil), afigura-se mecanismo mais condizente à promoção da *democracia participativa*, diante da possibilidade de surtir conseqüências jurídicas de ordem prática. É mecanismo que se integra na idéia de *democracia semidireta*. Em que pese a possibilidade de participação dos cidadãos no processo de concretização constitucional, Eto Cruz (2002, p. 181) assevera que “estos mecanismos no dejan de ser

formas relativas e indirectas de resarcir los agravios omisivos de los poderes del Estado”, porque não gera sanções; porque é instrumento preventivo, não mandamental.

André Puccinelli Júnior (2007, p. 199), citando Cléve, reconhece que embora a Constituição de 1988 tenha disponibilizado meios para a integração das normas constitucionais de eficácia limitada sempre restarão inúmeros direitos constitucionalmente assegurados sem a devida proteção judicial, porque não regulamentados. Somente a luta política, observadas as regras do jogo democrático, poderá satisfazê-los. Daí desenvolver técnicas de participação popular (política) para a integração dos direitos ainda não regulamentados.

2.4.2 Jurisdição constitucional e mecanismos *ordinários* de concretização

A idéia da codificação de instrumentos processuais de proteção da constituição deu origem a um estudo sistematizado, um novo ramo da ciência jurídica: o *direito processual constitucional*. Nascido em meados de 1950 a partir das lições de Kelsen e Couture, a jurisdição constitucional é o ramo mais recente da ciência processual, que se encarrega essencialmente do estudo sistemático das garantias constitucionais em seu sentido contemporâneo. Esta disciplina compreende a análise daqueles instrumentos predominantemente processuais que estão dirigidos a (re)integração da ordem constitucional quando seus preceitos tenham sido violados por um órgão do poder estatal (MAC-GREGOR, 2002, p. 200).

Difere do *Direito Constitucional Processual* que se identifica como ramo do Direito Constitucional que tem como função precípua o estudo das garantias constitucionais de caráter processual, vale dizer, o estudo das normas que permeiam de modo hierarquicamente superior a teoria do processo publicista.

A jurisdição constitucional, campo do *Direito Processual Constitucional*, mostra-se, atualmente, uma prerrogativa dos indivíduos vinculada a máxima efetivação dos princípios constitucionais e ao princípio democrático.

La *jurisdicción*, no en su sentido procesal sino constitucional, es decir, como “la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben cometerse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y desde una posición imparcial” y *las garantías judiciales*, entendiendo como tales al conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, entre las que se encuentran, la estabilidad, la remuneración, la responsabilidad y la autoridad de los juzgadores; *las garantías de las partes*, que comprenden aquellas que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Así, la acción procesal y la defensa o debido proceso se han incorporado en los ordenamientos constitucionales como derechos fundamentales de la persona (MAC-GREGOR, 2002, p. 205).

A *jurisdição*, para José Alfredo de Oliveira Baracho, é:

A função de declarar o direito aplicável aos fatos, bem como é causa final e específica da atividade do judiciário. Incumbido de garantir à sociedade um

ordenamento jurídico, ao exercer a atividade jurisdicional está o Estado manifestando a soberania que lhe é inerente (BARACHO, 1984, p. 77).

À instituição de instrumentos consagrados a nível constitucional para tutelar direitos humanos estabelecidos na própria normatividade constitucional nacional ou em tratados internacionais sobre a matéria – tais como *habeas corpus* ou *judicial review*¹¹² (nos países de origem anglo-saxônica); o amparo constitucional (nos países latinos); recurso constitucional (nos países europeus); ou o *Ombudsman*¹¹³ (nos países escandinavos), que Mauro Cappelletti chamará de *jurisdição da liberdade*¹¹⁴ –, José Alfredo de Oliveira Baracho dará o nome de *jurisdição constitucional* (BARACHO, 1984, p. 111-116).

Ela compreende uma parte da administração da justiça que tem como objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado, quer dizer, sua forma típica processual, que compreende o processo (BARACHO, 1984, p. 97-98).

Biscaretti di Ruffia, citado por Baracho, lembra que a *jurisdição constitucional* se refere à tutela de direitos e interesses que atentem para a matéria constitucional, derivando, quando a Constituição é rígida, de pretensões fundadas diretamente nas normas

¹¹² Esta función que los Tribunales Constitucionales desarrollan en los periodos de transición difícilmente podría encomendarse a tribunales ordinarios, o a un Tribunal Supremo. No sólo porque el tipo de enjuiciamiento que de ellos se espera se distancia radicalmente del tradicional. Es también porque sobre los jueces ordinarios pesará el lastre de la etapa anterior; justificadamente o no, la tendencia será a considerarlos como instituciones vinculadas con el régimen pasado, en esa medida, un poder potencialmente resistente al cambio. El modo peculiar de reclutamiento de los jueces constitucionales les confiere un *plus* de legitimidad frente a los ordinarios. Habría además pruebas de que efectivamente el sistema de control difuso “no funciona” en países de *civil law*. Cappelletti se refiere, en el contexto europeo, a las poco estimulantes experiencias de Alemania durante la Constitución de Weimar, o de Italia en el periodo de 1948 a 1956; tampoco en los países escandinavos ha tenido mayor trascendencia el papel de los tribunales ordinarios ejerciendo la *judicial review*. Si Suiza es la excepción, también es la que confirma la regla, pues los jueces del Tribunal Federal no son jueces de carrera sino que son elegidos por la Asamblea Federal. Con todo, no estamos ante una nueva función que los europeos hayan asociado a la jurisdicción constitucional. Tampoco ante una función ajena al control de constitucionalidad. En cierto modo, su función “educadora” en el derecho de la Constitución, en los principios del gobierno constitucional, es la más antigua. La experiencia de la primeira época el Tribunal Supremo de los Estados Unidos así lo atestigua. De los Tribunales Constitucionales no se espera sólo la pura *defensa* de la Constitución; de ellos depende algo más fundamental: que una Constitución sea capaz de generar “derecho constitucional” (RUIZ, 2002, p. 16-17).

¹¹³ “A figura jurídica do *Ombudsman*, como instrumento de facultar aos cidadãos meio de defesa mais adequado perante a Administração, fez com que este mecanismo tivesse aceitação em muitos Estados. A sua rápida acolhida significa que este sistema de controle da atividade administrativa transformou-se em instituição quase universal” (BARACHO, 1984, p. 90). Em outras palavras, como bem assevera Fernando Alves Correia, o *Ombudsman* é “uma nova garantia de proteção do cidadão contra a Administração, que deve coexistir com os tradicionais meios de garantia dos particulares. O *Ombudsman* não veio substituir, nem rivalizar com os meios contenciosos administrativos e políticos de proteção do administrado, mas apenas procurar suprir as deficiências destes” (*apud* BARACHO, 1984, p. 91).

¹¹⁴ Mauro Cappelletti analisando a amplitude do conceito de jurisdição constitucional, em seu livro *Il Controllo Giudiziario Di Costituzione Delle Leggi Nel Diritto Comparato*, tece os comentários que o levarão a caracterização da jurisdição constitucional como gênero da jurisdição da liberdade: “Sembra *invero* opportuno precisare fin d’ora che il tema del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi, non può identificarsi senz’altro con la giurisdizione o giustizia costituzionale, la Verfassungsgerichtsbarkeit dei tedeschi. Esso, al contrario, non rappresenta altro che uno dei vari possibili aspetti della cosiddetta ‘giustizia costituzionale’, e sa pure una degli aspetti certamente più importanti. Così, ad esempio, il juicio de amparo messicano oltretutto come amparo como garantía de los derechos de libertad il quale anzi rappresenta il ‘nucleo originario’ di tale istituzione. Questo aspetto dell’amparo come difesa dei diritti fondamentali di libertà – che è poi anche l’aspetto che fuori del Messico, ha attratto maggiormente le simpatie e l’attenzione degli studiosi –, corrisponde più o meno da vicino ad altri istituti ben noti ai costituzionalisti ed ai processualisti del mondo: il writ of ‘habeas corpus’ dei Paesi anglosassoni, la Verfassungsbeschwerde e la Popularklage come istituti di tutela del Grundrechte in alcuni Paesi dell’Europa centrale” (*apud* BARACHO, 1984, p. 111-112). Na jurisdição da liberdade, o juiz constitucional será dotado de amplos poderes que lhe proporcionarão uma ativa proteção dos direitos sociais através de prestações positivas do Estado. Diz o autor italiano: “A diferencia de arbitrio, discrecionalidad significa que la actividad es o tiende a estar vinculada solamente en los fines; y si se reconoce que la norma constitucional establece, en esencia, los fines, los Gründe, de la actividad del Estado, no se comprende cómo pueda negarse a la función del juez constitucional, la tendencia a configurarse como actividad, cabal y acentuadamente discrecional” (*apud* BARACHO, 1984, p. 108, 114). Mauro Cappelletti, ainda, sustentará duas outras espécies de jurisdição constitucional: (a) a orgânica, que se integra naquelas garantias constitucionais dirigidas a proteção direta das disposições e princípios constitucionais que consagram as atribuições e competência dos diversos órgãos do poder – aqui se inserem as ações de inconstitucionalidade –; e (b) a transnacional na qual estão compreendidos os instrumentos que visam proteger os ordenamentos nacionais, as Constituições e os estatutos dos Estados, províncias ou comunidades autônomas (*apud* MAC-GREGOR, 2002, p. 202-204).

formalmente constitucionais. O autor italiano concluirá que ela se manifesta principalmente contra atos inconstitucionais dos órgãos de Estado ou de seus sujeitos auxiliares ou, ainda, contra atividades ilícitas dos titulares de órgãos constitucionais. Diante da atribuição jurisdicional constitucional, o Estado democrático e social não pode ser entendido senão como *Estado de Justiça*. (BARACHO, 1984, p. 99-100).

Funcionalmente, a jurisdição constitucional visa à garantia da obrigatoriedade das determinações jurídicas supremas, vale dizer, procura vincular o legislador ao cumprimento da Constituição, garantindo-lhe força normativa e preservando-lhe a supremacia. Surgirá como apelo¹¹⁵ pós-positivista à contenção do poder totalitarista deflagrado pela deturpação do modelo normativista schmittiano de direito, efetivando-se por meio das jurisdições difusa e concentrada de constitucionalidade.

No sistema difuso o controle limita-se ao caso concreto. Nas futuras decisões prevalecerá a presunção de que os pronunciamentos deverão acompanhar a mesma orientação. Na jurisdição concentrada, o decisório tem validade para todos (*erga omnes*), com exclusão da norma inconstitucional do ordenamento. No primeiro, aprecia-se a relação entre ato e norma; no segundo, apreciam-se as inter-relações entre diversas normas contrapostas (BARACHO, 1984, p. 109-110).

Porém, não se deve reduzir a jurisdição constitucional apenas ao controle de constitucionalidade. Quem assim o faz, limita seu campo de abrangência. José Luis Cascajo Castro¹¹⁶, citado por Baracho (1984, p. 112), lembra que o âmbito da jurisdição constitucional potencializa-se objetivando abranger a tutela dos direitos fundamentais frente a qualquer disposição dos poderes, a resolução dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, a fiscalização das atividades ilícitas dos titulares de órgãos constitucionais, a manutenção e garantia dos sistemas federais, etc.

O desenvolvimento da jurisdição constitucional, apontado como uma das experiências mais promissoras do Direito Comparado, apresenta diversas particularidades que estão vinculadas à importância que tem na moderna organização estatal, através de suas repercussões jurídicas e políticas, das quais podemos destacar as seguintes: - Superação da primitiva concepção mecanicista da separação dos poderes, com a preferência pelo sistema dos *checks and balance*; - Difusão de estruturas constitucionais rígidas com descentralização interna, em bases federais ou regionais; - Aceitação do instituto do *judicial review* americano; - As disfunções e transformações que vêm sofrendo os órgãos legislativos; - A crise do positivismo legalista, com a jurisdicionalização da atividade jurídica e estatal, através de novos perfis constitucionais; - A passagem da soberania parlamentar para a soberania da Constituição. Crise da concepção parlamentar de democracia, reforço do princípio de legalidade no Estado de Direito; o dever de legitimidade constitucional; - Procura de proteção eficaz dos valores constitucionais na democracia militante; surgimento de instrumentos que consolidam e protejam a ordem estabelecida [...] A jurisdição constitucional da liberdade é o instrumento para resguardar o cumprimento e a superioridade de certos direitos fundamentais inderrogáveis (BARACHO, 1984, p. 112-113).

¹¹⁵ Para maior compreensão, v. o item 7 do capítulo 1 desta monografia "O 'Inverso Europeu': uma concepção política da Constituição".

¹¹⁶ Cf. a obra do autor "La Jurisdicción Constitucional de la Libertad", in: Revista de Estudios Políticos do Instituto de Estudios Políticos de Madri, n. 199, jan./fev., 1975. p. 149-150.

Assim sendo, a jurisdição constitucional enquanto *jurisdição da liberdade* ensejará a tutela adequada das situações jurídicas subjetivas constitucionais ativas dos indivíduos frente às autoridades públicas (BARACHO, 1984, p. 113).

A tutela ativa *cappellettiana*, mecanismo *jurisdicional* da concretização constitucional, será expressão, no direito constitucional brasileiro, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103. §2º, da CF) – pertencente ao controle abstrato e concentrado de constitucionalidade – e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF) – instrumento correlato ao controle difuso e concreto de constitucionalidade das leis. São garantias constitucionais inscritas no texto maior brasileiro (ETO CRUZ, 2002, p. 180-181).

A Constituição de 1988, na construção do instituto da inconstitucionalidade por omissão, buscou inspirar-se no art. 283 da Constituição Portuguesa. Dispõe o art. 103. §2º, da CF: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (SILVA, 2007, p. 166).

A Constituição prevê, portanto, a mera ciência do poder Legislativo ou do poder competente para expedir a regulamentação. A medida afigura-se ineficaz já que, em tese, ele não pode obrigar o legislador a editar a norma.

São pressupostos da ação de inconstitucionalidade por omissão: (a) a existência de um interesse constitucional tutelado ou assegurado, isto é, que existam leis infraconstitucionais a serem editadas para a fruição plena de direitos constitucionalmente assegurados, interesse constitucional de ver cumpridos os programas da norma constitucional e, por conseguinte, unidade e coesão do sistema jurídico (ETO CRUZ, 2002, p. 182-183); (b) a configuração de uma situação de perigo ou ameaça¹¹⁷ de um interesse constitucional – existência de um estado de perigo da norma ou direito a ser regulamentado, em virtude do transcurso de um período razoável à tomada de posição pelo legislador – que prescinde da discricionariedade do legislador, ao passo que nela não pode residir a omissão inconstitucional de que trata a ação, uma vez que trata da violação à constituição; (c) a existência de uma organização instrumental idônea para assegurar o conteúdo ou o interesse constitucional por ela protegido. A inter-relação dessas condicionantes configura os alcances da sentença e sua forma de externalização, tendo por fim vincular o legislador e expurgar a omissão inconstitucional (ETO CRUZ, 2002, p. 182-183).

Muito embora válido o esforço doutrinário de Eto Cruz à elaboração de uma teoria da vinculatividade do legislador às normas constitucionais de textura aberta, no Brasil o instrumento processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cuja

¹¹⁷ A ameaça como pressuposto diz respeito à omissão constitucional já configurada. Ainda que o agente não necessite usufruir o direito obstado diretamente, a inviabilidade de valer-se imediatamente do direito gera uma situação de perigo calcada na futura impossibilidade de fruição do direito, isto é, na violação já perpetrada do comando normativo (ETO CRUZ, 2002, p. 182).

característica peculiar é a validade *erga omnes* da sentença jurisdicional, não logra sucesso¹¹⁸. Seja pela inadequada previsão legal; seja pelo tratamento jurisprudencial e doutrinário dado ao instituto; seja pela ausência da previsão de sanções para o legislador inerte face à mora inconstitucional; seja, pelo apego demasiado à letra da lei.

Esse problema levou, em Portugal, à propositura da exclusão¹¹⁹ da ação de inconstitucionalidade por omissão do ordenamento jurídico, fenómeno também existente no Brasil. O suprimento via integração normativa dos defeitos encontrados na ação direta de inconstitucionalidade sofre fortes restrições da doutrina. Puccinelli Júnior (2007, p. 160-161), seguindo a orientação de Flávia Piovesan e do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, não é a favor da ampliação da interpretação do art. 103, §2º, da CF, de forma a conferir à ação de inconstitucionalidade por omissão eficácia constitutivo-integrativa da lacuna inconstitucional¹²⁰. O autor crê que a atribuição de poderes normativos tão amplos ao Supremo Tribunal Federal só poderia advir de disposição expressa, introduzida por emenda constitucional. A referida interpretação, embora busque garantir uma melhor coesão às normas constitucionais, retira toda a efetividade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O segundo mecanismo de fiscalização direta da concretização constitucional é o mandado de injunção. José Afonso da Silva, ao mencionar o instituto, identifica-o como instrumento constitucional que faz valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa prevista em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado por falta de regulamentação (SILVA, 2007, p. 166).

¹¹⁸ Não será demais sublinhar que, determinada a norma constitucional e declarada a inconstitucionalidade, o poder do tribunal se esgota aí. Porque não lhe compete actuar para garantia da Constituição, não pode olhar para um caso de inconstitucionalidade como mais ou menos grave, pela importância da norma constitucional ou pela subversão ou não subversão do sistema. Também não pode nem arquitectar espécies de inconstitucionalidade não previstas nem debruçar-se sobre o modo como a inconstitucionalidade se situa no ordenamento (MIRANDA, 1996, p. 252).

¹¹⁹ A incompreensão teórico-dogmática da aplicabilidade directa de normas constitucionais e, sobretudo, da *normatividade* da constituição, leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-constitucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissão ou o do mandado de injunção. O problema conexiona-se com aquilo a que se poderia chamar o “desencanto da lua de mel”, tal como recentemente no-lo descreveu Ralf Dahrendorf. Ouçamo-lo: “Todos elas (as revoluções) começam com uma lua de mel – depois de obtida sem grande derramamento de sangue a vitória sobre o antigo regime – à medida que o caminho é aberto para a regeneração, sobre a qual os homens tanto falaram e pela qual há tanto tempo anseiam. Nas primeiras fases e no momento crítico em que ocorre o teste de força, o antigo regime enfrenta sólida oposição. Mas a oposição é, na verdade, composta por vários grupos, nunca sendo inteiramente a simplificação exagerada de um povo unido. Isto torna-se logo evidente quando começa o *governo dos moderados*. A velha oposição esfacela-se; jamais consegue realmente combinar a tarefa de construir uma nova constituição com a de governar; alguns radicais começam a alegar que os moderados traíram a revolução e não estão a ir suficientemente longe”. Nestas linhas condensam-se alguns dos problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Elas são, muitas vezes, expressão mais de uma “ética de convicção” do que de uma “ética de responsabilidade prática”, e, por isso, a consequência será a da grandiloquência nas palavras e a da fraqueza dos actos. Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles nem tendenciam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimónia normativa quanto à posituação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da constituição. Diferentemente do que acontece hoje com as propostas de certos quadrantes políticos em Portugal, o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida (CANOTILHO, 2006, p. 118-120).

¹²⁰ Isto porque não se visualiza no art. 103, §2º, da Constituição Federal uma lacuna indesejável e contrária à ordenação constitucional, supriável mediante técnicas convencionais de integração. Pelo contrário. Tem-se aí uma hipótese de silêncio eloquente que, expressando um firme propósito do constituinte originário, só pode ser modificado por nova decisão tomada pelo constituinte derivado (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 161).

Infelizmente, remetendo a função do mandado ao tratamento jurisprudencial que tem sido habitualmente tomado, José Afonso da Silva leciona que o Supremo Tribunal Federal brasileiro tolhera essa função integrativa do *writ*, considerando-o simples “meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão” (SILVA, 2007, p. 166).

Não obstante a opinião do emérito publicista brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, contemplando o avanço germânico perpetrado na seara do controle constitucional das omissões legislativas, reviu seu posicionamento, adotando corrente inovadora, abrindo caminho para um maior ativismo judicial, aos moldes da teoria constitucionalista de Mauro Cappelletti.

3 AMPLITUDE E EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO

3.1 DO CONCEITO E ORIGEM À APLICABILIDADE DO INSTITUTO

À luz do *dirigismo constitucional* do século XX, as mazelas da inércia legislativa, vislumbrada e perpetrada desde a primeira Constituição brasileira de 1824 até a última de 1988¹²¹, contribuíram para a criação de um instrumento de tutela da ineficácia dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

Dentre as ações constitucionais – garantias ou remédios estabelecidos nas Constituições para proteção aos direitos fundamentais, o Mandado de Injunção¹²² sobressai como a grande esperança de efetiva salvaguarda desses direitos e mais ainda, dada a possibilidade imediata de sua concretização pelo seu titular, independentemente de regulação dessa medida constitucional pelo legislador comum (GARCIA, 1993, p. 80).

O art. 5º, inciso LXXI da Constituição disciplina o instrumento em tela da seguinte forma: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Por *inviável* a norma constitucional quer referir-se àquilo que se mostra inexecutável; inexequível. Por *viável* entende-se aquilo que “pode ser percorrido, que não oferece obstáculos, que pode ter vida ou sobreviver” (GARCIA, 1993, p. 80). A inviabilidade referida na norma legal se dará pela *falta de norma regulamentadora* e sempre que isto ocorrer dar-se-á ou conceder-se-á mandado de injunção. É este o comando constitucional.

Conceitualmente, o mandado de injunção é “ação constitucional sumária especial, garantidora de direitos básicos, com símiles ao mandado de segurança, embora com caráter mais restrito, pois é subsidiário” (ACKEL FILHO, 1988, p. 104), que objetiva a prolação de uma “ordem judicial que determine a prática ou a abstenção de ato, tanto da Administração Pública, como do particular, por violação de direitos constitucionais, fundada na falta de norma regulamentadora” (STRENGER, 1988, p. 15).

Mandado de injunção é ação constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, apta à tutela de direito individual, coletivo ou difuso, toda vez que houver falta de regulamentação de direito infraconstitucional, que obstaculize sua fruição (FIGUEIREDO, 1991, p. 33-34).

¹²¹ Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz referindo-se à Constituição Federal de 1967, lembrou que “A Constituição em vigor, prestes a ser substituída, editada há quase 20 anos, contém inúmeros dispositivos ainda dependentes de medida legislativa. Exemplifique-se com o art. 142, §1º” (FERRAZ, 1986, p. 55).

¹²² À época da elaboração do estudo então colacionado, Maria Garcia, entendia o instrumento injuncional da seguinte forma: “O Mandado de Injunção é, assim, ação constitucional que objetiva tornar exercitáveis pelo seu titular direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania. Por esse sentido e destinação o Mandado de Injunção vem sendo apontado como forma, inadmissível, de outorga, ao Poder Judiciário, de competência legislativa, vendo-se a sentença como medida ‘substitutiva’ da lei. Desse modo, argumenta-se, estaria ferido o princípio fundamental do art. 2º, da Constituição que estabelece os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. Assim não entendemos [...]” (GARCIA, 1993, p. 80-81). O entendimento de Maria Garcia ilustra bem o período inicial de contemplação do instrumento injuncional e a relutante posição conservadora dos juristas brasileiros em não aceitar a inovação cappelletiana da jurisdição constitucional ampliada.

Humberto Theodoro Júnior fundamenta a gênese do instrumento injuncional na necessidade de *viabilização* aos jurisdicionados de um pleno acesso à justiça, no sentido formal e material¹²³.

A tarefa do Poder Judiciário não é apenas a de dar solução aos conflitos jurídicos, mas a de garantir, com toda eficiência, a realização da Justiça, proporcionando aos titulares dos direitos subjetivos tudo aquilo que, segundo a ordem jurídica material, lhes cabe obter (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 512).

Acompanhando o pensamento de Hely Lopes Meirelles, Sérgio Bermudes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Luís Roberto Barroso¹²⁴ e Celso Ribeiro Bastos, o mandado de injunção afigura-se instrumento original e inusitado criado pela doutrina jurídica brasileira para combater os males da legislação pátria, e não simples transposição dos instrumentos constitucionais da doutrina norte-americana, inglesa ou alemã, como querem Celso Agrícola Barbi, Diomar Ackel Filho e José Afonso da Silva (BASTOS, 1989, p. 242-243).

José Afonso da Silva elege como berço de criação do Mandado de Injunção a Inglaterra do século XIV. Fruto da *equity*, ou seja, remédio concedido, mediante juízo discricionário, quando faltante a norma legal (*statutes*), o *writ of injunction* regula a espécie normativa quando a *common law* não oferece proteção suficiente ao jurisdicionado. A equidade, no sentido inglês do termo, assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural (SILVA, 2006, p. 448).

Na outra ponta, Solon Sehn e os demais autores acima citados identificam a total disparidade dos institutos, certos de que o mandado de injunção brasileiro é inovação sem precedentes na doutrina estrangeira.

A *injunção* norte americana, além de mais ampla que a brasileira, por ter aplicabilidade nas questões de Direito Público e Privado, têm conteúdo de provimento cautelar e, como se colhe no § 168 e seguintes do respectivo verbete da *American Jurisprudence*, é rarissimamente usada contra o legislativo ou pessoa investida de competência para legislar, diante da doutrina de que uma corte de equidade não pode interferir no processo legislativo. E, mesmo nas excepcionais hipóteses em que se condescende, no particular, com o emprego da injunção, será sempre para inibir a atividade legislativa e não para supri-la. Portanto, se existe alguma semelhança entre o *writ of injunction* do direito norte-americano e mandado de injunção brasileiro, esta se limita à denominação e a casos extremamente raros em que aquele foi utilizado para obrigar o legislador a suprir determinada lacuna normativa (SEHN, 2001, p. 239-240).

Longe de qualquer subtração do Direito Constitucional Comparado, o *writ of injunction* brasileiro foi criado para a tutela dos direitos constitucionais frustrados. Muito

¹²³ Para Theodoro Júnior o acesso à justiça tem de ser eficaz, além de levar efetividade à pretensão levada a juízo. É o corolário do princípio da garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), bem como das demais garantias contidas no texto constitucional (contraditório, ampla defesa, juiz natural, verdade real, publicidade da prestação jurisdicional, fundamentação obrigatória das decisões, garantia da razoável duração do processo e dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação).

¹²⁴ No tocante às suas origens, o mandado de injunção foi concebido como remédio para o saneamento de uma dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador. E muito embora autores eminentes tenham vislumbrado a influência de ordenamentos jurídicos diversos – norte-americano, inglês, português e alemão –, trata-se, em verdade, de flor nativa, sem similar preciso no direito comparado (BARROSO, 2001a, p. 247-248).

embora tenha sido idealizado à semelhança dos instrumentos constitucionais estrangeiros, ganhou autonomia suficiente para tornar-se instituto novo e diferenciado¹²⁵. Alicerça-se na concepção da supremacia e da efetividade da Constituição, em especial na correspondência entre a positivação do texto legal e a aplicabilidade da norma no âmbito social, “que não depende apenas da correspondência entre o texto e a realidade, muito menos da vontade de sua realização por parte dos operadores jurídicos, enquanto valores isolados, mas igualmente, da existência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garanti-la e efetivá-la” (SEHN, 2001, p. 238-239).

O mandado de injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais, que, em regimes passados, pereciam, desvalidas, por inércia do legislador em regulamentar os direitos delas decorrentes (BARROSO, 2001a, p. 247).

Em que pese à plena efetividade do comando injuncional previsto na Constituição brasileira, há autores que desconfiam da concreta necessidade de criar-se o instituto da injunção. Barroso elaborou nova teoria para solucionar o impasse da inércia legislativa, abaixo abordada. Sólon Sehn (2001, p. 240) afirmou que “talvez, em vez de criar um novo instituto, melhor teria sido se o constituinte simplesmente tivesse admitido a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra omissões legislativas”. Poder-se-ia, assim, aproveitar as orientações jurisprudenciais já consolidadas para a ordem de segurança.

Logo após a promulgação da Constituição, os operadores jurídicos viram-se perante seu primeiro dilema: a imediata aplicabilidade do mandado de injunção face à norma procedimental que o regulamentasse. A priori, parecia que o instrumento contra a inefetividade das normas constitucionais que padecessem de regulamentação sofria do mal que veio combater.

A primeira grande questão que se pôs, na ordem cronológica, em relação ao mandado de injunção foi determinar se o novo remédio seria imediatamente aplicável ou se dependeria, para tornar-se efetivo, de norma que o regulamentasse, notadamente nos seus aspectos processuais (BARROSO, 2001a, p. 248).

O instrumento constitucional de tutela injuncional, considerado uma garantia individual dos jurisdicionados, por evidência seria imediatamente aplicável, ao passo que seria inconcebível mover uma ação constitucional injuncional para ver regulamentado o preceito constitucional definidor do processo de injunção, obstado e não auto-aplicável por ausência do dispositivo regulamentar.

¹²⁵ O instituto da injunção ora outorgado, embora com raízes nos direitos inglês e americano, com influência do direito português, não encontra similar no direito alienígena nos moldes em que foi concebido pelo constituinte brasileiro a não ser no *nomem juris*. Constitui remédio eficaz para coibir abusos generalizados de órgãos públicos e particulares. Até a sua vinda, a inaplicabilidade poderia ser obstada por alguma formalidade e as normas programáticas se projetavam *ad eternum*, v.g., a participação do trabalhador nos lucros da empresa, o salário mínimo capaz de garantir o sustento da família e não só do cabeça de casal (OLIVEIRA, 2004, p. 28).

Caso não editada prontamente norma constitucional que previsse o procedimento da injunção constitucional – sob o viés acadêmico que se expõe – cairia em desuso o instrumento, sem levar em conta o prazo de mora constitucional para a adoção da ação de injunção que pretendesse a regulamentação do instrumento.

Em suma, seria ilógico pensar que o mandado de injunção necessitaria de regulamentação para poder ser impetrado. Visando a corrigir o erro de percurso do constituinte pátrio, que deixou à pendência legislativa infraconstitucional a regulamentação do procedimento injuncional, a Suprema Corte, por unanimidade dos votos¹²⁶ plasmou a assertiva de que mandado de injunção possuiria aplicabilidade imediata, de sorte que a ausência de regulamentação para utilização do mandado de injunção face aos direitos constitucionais obstados decorreria da exegese do §1º do art. 5º da Constituição Federal, que garante a aplicação imediata das normas que definam garantias e direitos.

A jurisprudência da Suprema Corte impôs reiteradas vezes à regência do mandado de injunção a analogia do procedimento do mandado de segurança (Lei n. 1.533/51), porque a mais semelhante das ações constitucionais previstas no ordenamento pátrio daquele instrumento carente de regulamentação – posteriormente consagrado no art. 24 da Lei n. 8.038/90¹²⁷ – ou, ainda, pelo procedimento comum de rito ordinário do Código de Processo Civil¹²⁸ – de acordo com o disposto no art. 216 do Regimento Interno do STJ. Subseqüentemente, outros julgados¹²⁹ igualmente reconheceram a auto-aplicabilidade do mandado de injunção e a aplicação subsidiária dos referidos procedimentos cíveis.

Fato é que a ausência da regulamentação infraconstitucional do instrumento injuncional confere maleabilidade quase inconstitucional ao mandado de injunção, deixando ao alvedrio da Suprema Corte a delimitação do alcance e do objeto da ação constitucional. Daí a divergência, ao longo dos anos, dos diversos posicionamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ora de formação democrático-progressista, ora de formação republicano-conservadora. Quando conveniente aos imperativos sociais e políticos, diante

¹²⁶ A autoplicabilidade do instrumento de tutela dos direitos obstados por inércia legislativa ou administrativa, o mandado de injunção, ficou bem delimitada na QO-MI-107, rel. Ministro Moreira Alves, RT 133/11.

¹²⁷ O enunciado inserido na Lei n. 8.038/90 que impõe a aplicação analógica da Lei do Mandado de Segurança no que seja compatível ao mandado de injunção é infirmado na discussão da possibilidade ou não de concessão de liminar nos autos do processo injuncional. Ao aplicar-se a analogia legal, permitiu o legislador o manejo do mandado de injunção contra a ameaça de lesão, hipótese albergada pelas modalidades de inconstitucionalidade por omissão descritas por Jorge Miranda e por Canotilho no Capítulo 2. Abre-se precedente para o manejo de mandado de injunção preventivo, quando a mora inconstitucional seja evidente, mas que indivíduo esteja na iminência o usufruto do direito obstado. Admite-se, pois, sentença liminar, primeiramente para obstar provável ocorrência de dano irreparável ao titular do direito obstado pela demora na solução da demanda, certos de que a medida *in limine* só poderá ser concedida se presentes os pressupostos cabíveis para a concessão da injunção. Há autores, contudo, que admitem a concessão da ordem de injunção a operar-se com efeitos *ex nunc*, indenizando o particular caso presente hipótese de dano. Frise-se, nesses casos, o objetivo da lei é evitar para o jurisdicionado a ocorrência de danos deflagrados em virtude da ausência de normatização, danos esses que em muitos dos casos são irreparáveis ou de difícil reparação. Contrariamente, Roberto Luis Luchi Demo adverte: "Calha referir, pois, que diversamente do mandado de segurança, não cabe liminar, por ser incompatível com o instituto de mandado de injunção (e igualmente incompatível com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – art. 103, §2º, da CF) (DEMO, 2007, p. 320-321).

¹²⁸ Posição adotada na doutrina por Nagib Slaibi Filho, *Anotação à Constituição de 1988*, 1989, p. 270, e Carlos Mário da Silva Velloso, *As novas garantias constitucionais*, in RT 644/7 (BARROSO, 2001a, p. 249).

¹²⁹ Cf. MI-(AgRg) 59-0/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 31.10.96, e MI 159-6/RJ.

da mutação do cenário político-social do país, foram – e ainda o são – alteradas substancialmente as características do mandado de injunção a fim de garantir-lhe a amplitude desejada e, por conseguinte, conceder aplicabilidade imediata a uma maior ou menor gama de direitos fundamentais, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania.

Por sinal, o Brasil é um país de modernidade tardia, onde subsistem concomitantemente instrumentos jurisdicionais de avançado grau de instrumentalização democrática e uma cultura beligerante romano-germânica.

Essa cultura arraigada no ideário jurídico pátrio teima por retirar efetividade dos institutos constitucionais, de modo a transformá-los em armas baldadas para os conflitos bélico-jurídicos do séc. XXI, sob o manto da falácia discursiva de um inovador e nunca antes visto avanço político, social e jurídico do país.

Sob essa perspectiva, conceber instituto como o mandado de injunção, cujo espectro de aplicação seja tão amplo e modificável a ponto de tornar-se arbitrário, especialmente num cenário jurídico neo-positivista – com feições que transcendem a negação da normatividade –, seria sustentar a validade do fenômeno da ultra-normativização jurisprudencial das leis, carregada de valores político-partidários.

É de se advertir que embora não necessite de norma regulamentadora para gerar efeitos, a inconstitucionalidade do instrumento do mandado de injunção é flagrante, o que clama urgentemente a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão a fim de proscrever do ordenamento jurídico pátrio a maleabilidade jurisprudencial do *mandamus* injuncional.

Buscando erradicar a inconstitucionalidade latente no instrumento da injunção – senão aversão à soberania popular – foram criados inúmeros projetos de lei¹³⁰ ao longo dos 20 anos de história da Constituição Cidadã, que, invariavelmente, não atingiram seu objetivo. Manteve-se o posicionamento de Calmon dos Passos restringindo minimamente o largo espectro maleável de aplicabilidade da ação injuncional.

3.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DA AÇÃO INJUNCIONAL

Os pressupostos processuais ou da relação processual, na acepção de Francisco Dantas (2001, p. 737), são “os fatos necessários à demonstração da existência de uma relação entre as partes, no processo e, também, que este se desenvolva de maneira válida e regular”. Para José de Albuquerque Rocha (2006, p. 213) são requisitos para a existência e desenvolvimento válido do processo.

¹³⁰ Em 20 e 21 de dezembro, no Espírito Santo, elaborou-se projeto para a Lei do Mandado de Injunção, que teve como relator o Prof. Celso Agrícola Barbi [...] Além desse, há projeto de autoria do Deputado Cunha Bueno, baseado no anteprojeto do Prof. José Ignácio Botelho de Mesquita, mais precisamente o Projeto n. 4.769/90, que se encontra publicado no *Diário do Congresso*, Seção I, em edição de 17.04.1990, p. 2.827 (DANTAS, 2001, p. 745).

Os pressupostos de existência constituem, pois, os requisitos necessários para o ingresso da atividade processual no sistema jurídico. São as premissas de que decorre a validade da relação processual. De um ponto de vista lógico, esses são os pressupostos propriamente ditos, já que são os únicos necessários a sua existência jurídica (ROCHA, 2006, p. 213).

Com sucedâneo legal no art. 104 do Código Civil, que dita, em seus três incisos, norma de teoria geral do direito, dá como requisitos para a validade do ato jurídico em geral a capacidade do agente, a licitude do objeto e a observância das existências legais quanto à forma, os pressupostos processuais são requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional (GRINOVER *et al*, 2007, p. 307), impondo a existência de um órgão judicial dotado de atribuições jurisdicionais e de um sujeito de direito que se dirija a esse órgão.

Subdividem-se em pressupostos *subjetivos* e *objetivos*. Os pressupostos *subjetivos* de desenvolvimento válido e regular do processo relacionam-se com o juiz e as partes. Compreendem a competência do juiz para a causa¹³¹, a capacidade civil das partes e sua representação por advogado. Os *objetivos* relacionam-se com a *forma* procedimental e com a ausência de fatos que impeçam a regular constituição do processo, segundo a sistemática do direito processual civil. Compreendem a observância da forma processual adequada à pretensão, a existência nos autos de instrumento de mandato conferido ao advogado, a inexistência de litispendência, coisa julgada, compromisso, ou de inépcia da petição inicial, bem como a inexistência de qualquer das nulidades previstas na legislação processual (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 69).

A competência para o julgamento do mandado de injunção liga-se intrinsecamente ao órgão omisso competente para expedição da norma regulamentadora, denunciando a impossibilidade de se conferir efeitos *erga omnes* para a sentença de injunção, ao passo que se estaria pressupondo a possibilidade de Tribunais como o TSE, TST e STM editarem normas jurídicas válidas para todos, como se legisladores fossem, muito embora restringidas ao vácuo temporal legislativo entre a prolação da sentença constitutiva de procedência no mandado de injunção e a publicação da norma regulamentadora faltante.

Por outro lado, o poder normativo imanente ao Tribunal Superior do Trabalho apontaria para a possibilidade de se permitir a constitutividade do provimento jurisdicional com validade *para todos*, a fim de melhor garantir os direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Quem melhor do que o mais alto tribunal especializado na matéria omissa, na teia hierárquica do Poder Judiciário

¹³¹ No âmbito federal, a questão da competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção encontra-se delimitada nos arts. 102, I, "q" e II, "a" – competência originária do STF –; art. 105, I, "h" – competência originária do STJ –; art. 121, §4º, V – competência do TSE, e por analogia, das demais justiças especializadas –, todos os artigos da Constituição Federal. Admite-se, na esfera estadual, que os Estados-membros determinem em suas cartas constitucionais o órgão com competência para decidir mandado de injunção em razão de omissão regulamentadora de norma local constitucional (MAZZEI, 2006, p. 138-139). A Constituição do Estado de Santa Catarina prevê no seu art. 83, XI, "c", a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente o mandado de injunção, instrumento disciplinado no art. 4º, V, do Título II "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

quando se fala em controle difuso de constitucionalidade, para emitir a integração normativa aos jurisdicionados.

A atípica concentração da competência nos tribunais superiores em sede de controle difuso de constitucionalidade questiona as características principais do modelo de controle. Tratar-se-ia de efetivo controle difuso? J. J. Calmon dos Passos acredita que não o seria (PASSOS, 1989, p. 83-84).

Na verdade, a peculiar instituição da competência concentrada para o julgamento do mandado de injunção aponta para a possibilidade de aproximação dos modelos abstrato e difuso do controle de constitucionalidade, não olvidando que, embora muito próximos, eles continuariam preservando suas características peculiares, vale dizer, gerando, ainda, no controle difuso, coisa julgada com efeitos *inter partes*.

Distinguem-se os pressupostos processuais das condições da ação que são, na verdade, “os requisitos que devem existir previamente para que o juiz possa pronunciar-se, num ou noutro sentido, sobre a situação jurídica afirmada no processo” (ROCHA, 2006, p. 215), vale dizer, requisitos de viabilidade da prolação da tutela jurisdicional pretendida, *in casu*, requisitos iminentes ao mandado de injunção, sem os quais ele não é manejável.

Na ciência processual, genericamente, as condições da ação são identificadas como a *possibilidade jurídica do pedido*, a *legitimidade das partes* e o *interesse de agir*.

Desse modo, enquanto a ausência das condições da ação impede o pronunciamento jurisdicional sobre a situação jurídica afirmada no processo, seja o pronunciamento favorável ou não, a ausência dos pressupostos processuais impede o nascimento da relação processual e seu desenvolvimento (ROCHA, 2006, p. 215).

A *possibilidade jurídica do pedido* liga-se à viabilidade da apreciação jurisdicional sobre o objeto pretendido, é dizer, o objeto alvo da pretensão deve ser lícito, possível e determinado ou determinável (GRINOVER *et al*, 2007, p. 274).

A questão da *legitimidade das partes* está ligada ao mérito da ação de injunção e à idéia da utilidade do provimento jurisdicional pedido, derivando-se do art. 6º do Código de Processo Civil (GRINOVER *et al*, 2007, p. 276).

Na ciência processual civil a legitimação ativa pode ser *ordinária* ou *extraordinária*. A primeira decorre da interpretação a *contrario sensu* do art. 6º do Código de Processo Civil, quando o autor defende em juízo direito próprio que lhe foi permitido pelo dispositivo legal. A segunda dá-se quando, em juízo, terceira pessoa defende em nome próprio direito alheio.

A *legitimidade ativa ordinária* no mandado de injunção é ampla, isto é, qualquer um pode impetrá-lo. Contudo, ela é restrita ao suposto titular do potencial direito constitucional obstado pela ausência de regulamentação legislativa ou administrativa, é dizer, “há de demonstrar que o titular do interesse visa a obter alguma utilidade, quando

recorre a essa tutela, não o podendo fazer senão para a proteção específica do interesse que afirma ter” (DANTAS, 2001, p. 739).

Em resumo: no mandado de injunção a titularidade ativa pertence àquele que, em tese, é titular do direito, liberdade ou prerrogativa com sede constitucional, cujo exercício é impedido em face da não regulamentação (DANTAS, 2001, p. 739).

A *legitimidade ativa extraordinária* ou *anômala* ocorre quando “as entidades de classe ou associativas e os sindicatos, *substituindo processualmente* seus membros ou filiados, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança coletivo¹³²” (BARROSO, 2001a, p. 250-252) defendem seus direitos em juízo, conforme o art. 5º, LXX, da Constituição.

Reconhece-se que o sindicato, na hipótese do art. 8º, III, da CF/88, possa interpor mandado de injunção em favor de seus filiados, quando atuarão como substituto processual, com legitimação extraordinária ou anômala (DANTAS, 2001, p. 739).

Igualmente, é *extraordinária* a legitimação ativa do Ministério Público quando os direitos obstados forem *difusos* ou *coletivos*, podendo, nesses casos, em virtude de suas atribuições constitucionalmente previstas, impetrar mandado de injunção.

Quanto à *legitimidade passiva* no mandado de injunção são três as posições sobre as quais se controverte a doutrina e a jurisprudência: é parte passiva (a) o ente regulamentador em mora inconstitucional; (b) a pessoa jurídica de direito público ou privado que se recusa a satisfazer o direito da matriz constitucional, sob a alegação de que não se encontra regulamentado; (c) ou ambos os entes anteriores legitimados para integrar a lide injuncional no pólo passivo (DANTAS, 2001, p. 739).

Michel Temer, acompanhando a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal¹³³, defende a primeira hipótese afirmando ser cabível a medida apenas contra pessoa jurídica de direito público, porque conduziria ao absurdo aceitar que ela pudesse ser proposta contra particulares, ao passo que a omissão restringiria-se apenas à inatividade do Poder Público (PFEIFFER, 1999, p. 175).

Entendemos que o *mandado de injunção* somente pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público. Primeiro porque o dispositivo criador do *mandado de injunção* refere-se a matéria de ordem pública, como liberdades constitucionais,

¹³² O Supremo Tribunal Federal, no MI 361-1/RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence admitiu o mandado de injunção coletivo, nos seguintes termos: “Mandado de injunção coletivo: admissibilidade, por aplicação analógica do art. 5º, LXX, da Constituição; legitimidade, no caso, de entidade sindical de pequenas e médias empresas, as quais, notoriamente, dependentes do crédito bancário, têm interesse comum na eficácia do art. 192, §3º, da CF, que fixou os limites aos juros reais. Outrossim, no MI 20-4/DF, o relator Ministro Celso de Mello reconheceu a possibilidade de impetração da ordem injuncional pelos sindicatos de classes, *in verbis*: “A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de admitir a utilização pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição”.

¹³³ Cf. acórdão da lavra do relator Ministro Celso de Mello no MI-(AgRg) 335-1/DF, j em 09.08.1991. O Supremo Tribunal Federal pretende a exclusão das pessoas de direito público ou privado que suportem os efeitos da sentença de injunção sob o argumento de que a mandamentalidade intrínseca à decisão injuncional afastaria a inclusão daquele que arcaria com o ônus da ordem de injunção, certo que não se lhe pode emitir ordem vinculativa. Nesse sentido é o acórdão da lavra do relator Ministro Moreira Alves, no MI 323-8/DF, j. 08.10.94: “Em face da natureza mandamental do mandado de injunção [...], ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais [...], não se configurando, assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar a regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quanto vier esta, em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor”.

nacionalidade, soberania e cidadania. Em segundo lugar porque é ilógico imaginar-se uma ação proposta contra particular pleiteando direitos que não foram conferidos em razão de ausência de norma regulamentadora. Seria considerar responsável o particular por ato que se deveu a omissão do Poder Público. Aqui aplica-se a máxima: é incompatível com o Direito a interpretação que leva ao absurdo (TEMER, 2008, p. 217).

A segunda posição defendida pela minoritária doutrina e jurisprudência admite tão somente a inclusão no pólo passivo das pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis diretas pela inaplicabilidade do preceito constitucional, isto é, aquele que suportará o ônus da decisão judicial (PFEIFFER, 1999, p. 177-178).

A última corrente, defendida pelo Ministro Carlos Mário Velloso, Adhemar Ferreira Maciel¹³⁴ e Calmon dos Passos¹³⁵, é aquela que postula o litisconsórcio de ambos os legitimados para atuar no pólo passivo da lide, tanto das pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis pela inaplicabilidade direta do instituto regulamentável quanto do órgão regulamentador omissor.

Para o Ministro Velloso, o caráter constitutivo da ação injuncional impõe o ajuizamento da medida também contra aquele que irá suportar os efeitos da sentença (*apud* PFEIFFER, 1999, p. 179-181).

Data venia das outras posturas, este me parece ser o entendimento mais correto. [...] No mandado de injunção, investe-se contra a autoridade encarregada da norma regulamentadora faltante, mas quem suportará os efeitos da sentença é a pessoa, pública ou privada, que se negou a dar exercício ao direito de matriz constitucional sob a alegação da falta de norma regulamentadora. (DANTAS, 2001, p. 741).

Luís Roberto Barroso (2001a, p. 251-253) posiciona-se no mesmo sentido, afirmando ser plausível a corrente que sustenta legitimação passiva do órgão omissor em litisconsórcio necessário com a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão da ordem de injunção.

O *interesse de agir*, a terceira das condições gerais da ação, assenta-se na premissa de que, “tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil” (GRINOVER *et al*, 2007, p. 275). Urge, no caso concreto, colacionar a prestação jurisdicional pretendida ao binômio da *necessidade* e *adequação* da tutela pleiteada.

Repousa a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo –, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal) (GRINOVER *et al*, 2007, p. 275).

¹³⁴ Segundo Adhemar Ferreira Maciel: “Qualquer órgão da administração direta ou indireta, inclusive pessoas de direito privado (Banco do Brasil, CEF, etc.), desde que estejam encarregados da elaboração da norma genérica, pode figurar na ação” (*apud* DANTAS, 2001, p. 741).

¹³⁵ Calmon dos Passos sustenta a ausência de obstáculos na admissibilidade da propositura do mandado de injunção contra o sujeito privado “visto como é ele, no caso concreto, o obrigado em face do titular do direito constitucional” (*apud* DANTAS, 2001, p. 741).

A *adequação* identifica-se com a relação existente entre a situação da qual surge a pretensão autoral e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. “O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser” (GRINOVER *et al*, 2007, p. 275).

Aqui encaixam-se os ditos *pressupostos do mandado de injunção*, a saber, a existência de um direito constitucional, a falta de regulamentação e, por conseguinte, a mora inconstitucional e a vinculatividade do legislador.

Liga-se também ao interesse de agir do autor a abrangência do mandado de injunção que definirá e delimitará a *congruência* da tutela pretendida ao manejo do instrumento de tutela constitucional o que, em última análise, correlaciona-se ao binômio *necessidade-adequação*.

3.2.1 A abrangência da tutela jurisdicional no mandado de injunção

A definição da abrangência do instrumento de injunção liga-se ao estudo da tipologia normativo-constitucional e enfrenta as diversas acepções dadas aos termos *direitos*, *liberdades* e *prerrogativas*, trazendo à baila o estudo da teoria dos direitos fundamentais, bem delineada por Paulo Bonavides e Ingo Sarlet.¹³⁶

Depreende-se do estudo das dimensões dos direitos fundamentais a semelhança dos conceitos *liberdades constitucionais*¹³⁷ e *direitos constitucionais*. Ao referir-se às *liberdades constitucionais* o comando constitucional faz alusão aos *direitos fundamentais de primeira dimensão (geração)*, que correspondem às obrigações positivas ou negativas do Estado dependentes de sua natureza, mas todas baluartes da necessária tutela desses direitos. Contudo, a expressão *direitos constitucionais* compreende por si só todos os direitos albergados pela Constituição, incluindo-se nela as *liberdades constitucionais* dos cidadãos, os *direitos sociais*, os *direitos à democracia*, à *cidadania*, à *existência digna*, etc.

Direito e liberdades constitucionais são aqueles direitos e aquelas garantias fundamentais e bem assim os direitos sociais. Dentro dessa ótica não estariam limitados àqueles expressamente previstos no art. 5º e nos arts. 6º a 11 (OLIVEIRA, 2004, p 27).

Portanto, o mandado de injunção pode e deve ser impetrado contra quaisquer omissões legislativas, que pela inércia da regulamentação ulterior do preceito constitucional aberto, obstem o usufruto de direitos constitucionalmente assegurados, independentemente

¹³⁶ Para melhor compreensão da temática envolta no estudo da abrangência do mandado de injunção v. item 1.10, do Capítulo 1 desta monografia, intitulado “A teoria dos Direitos Fundamentais e a Contribuição de Bonavides”.

¹³⁷ Aos *direitos de liberdade* (ou “direito de”) correspondem *garantias negativas* (ou proibições de fazer) ou limites ao poder normativo infraconstitucional; aos *direitos sociais* (ou “direitos a”) correspondem *garantias positivas* consistentes em prestações individuais ou sociais. O garantismo consiste na tutela de todos esses direitos fundamentais, que representam os alicerces da existência do estado e do direito; que os justificam, e que propiciam a base substancial da democracia (CADERMATORI, 1999, p. 158).

da tipologia normativo-constitucional adotada, ainda que autores como José Afonso da Silva assim não entendam¹³⁸.

Seguindo na análise o termo *prerrogativas* deve ser entendido, nas palavras de José da Silva Pacheco, como vantagem, privilégio ou imunidade atribuída ao cidadão.

Direitos e liberdades constitucionais são, principalmente, as previstas no Título II, mas também as constantes de outros títulos da Constituição. As prerrogativas são as inerentes à nacionalidade (arts. 12 e 13 da CF), à soberania (arts. 1º, I; 12, I a III; 170, I, da CF) e à cidadania (arts. 1º, II, 22, XIII; e 68, §1º, II, da CF) (DANTAS, 2001, p. 729).

Dissecando o conceito de prerrogativas idealizado pelo constituinte ao formular o instrumento constitucional da injunção, o estudioso do direito cairá no embate da conceituação dos termos *nacionalidade*, *soberania* e *cidadania*.

Pontes de Miranda, ao seu tempo, lecionava que nacionalidade é o laço político-jurídico, de Direito Público Interno, que faz do indivíduo um elemento da dimensão pessoal do estado. *Soberania* popular, para o autor, seria correlata ao art. 14, da Constituição.

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves, em seu voto no MI-QO 107-3/DF, lembrou que “a soberania diz respeito a prerrogativa referida no inciso LXXI do art. 5º, [...] sem dúvida, à soberania popular, exercida, nos termos da lei, mediante, I – plebiscito; II – referendo; e III – iniciativa popular”. Por último, *cidadania* corresponderia à capacidade política, isto é, à aptidão para exercer os direitos ativos e passivos do voto (*apud* BACHA, 1998, p. 45).

Ao interpretar a abrangência e o alcance dos institutos que o mandado de injunção tutela, a doutrina pátria divide-se em três teorias. A primeira, defendida principalmente por Calmon dos Passos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta a interpretação literal e restritiva do inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição, vinculando o mandado de injunção estritamente às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania. Outros direitos e garantias que não relacionados às prerrogativas não seriam albergados pelo instituto. Desta forma, o mandado de injunção não seria aplicável aos direitos sociais, mesmo porque, na visão dos autores, o permissivo legal do §1º¹³⁹ do art. 5º da Constituição não se estenderia a ditos direitos (BARROSO, 2001a, p. 248-249).

¹³⁸ As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade (MORAES, 2006, p. 154).

¹³⁹ Outra incompreensão teórica relacionada à constituição dirigente é suscitada pela expressão “directamente aplicável” oriunda da Constituição de Bonna e posteriormente transferida para os textos constitucionais de Portugal, Espanha e Brasil (art. 5.º, LXXVII, 1.º). Como é sabido, através da idéia de *direito directamente aplicável* expressamente plasmada no art. 1.º/3 da *Grundgesetz (Unmittelbar geltendes Recht)* pretende-se afirmar que a constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou, até, a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia, a expressa afirmação da vinculatividade não significa nem pode significar que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação perpetrada sobretudo através da lei. Não obstante as discussões doutrinárias, ainda hoje existentes, quanto à rigorosa caracterização de direito directamente aplicável, a dogmática jurídico-constitucional põe em relevo os axiomas e aporias da aplicabilidade directa: 1. Superação da doutrina da *réglémentation des libertés* enquanto doutrina legitimadora de omissões inconstitucionais e quanto veículo de erosão da normatividade constitucional. 2. A Constituição tem, como qualquer lei, uma validade e eficácia típicas de

Luís Roberto Barroso (2001a, p. 249-250) lembra que se assim o fosse, estar-se-ia deturpando a verdadeira finalidade do instrumento, é dizer, o mandado de injunção é ação constitucional introduzida no ordenamento para combater qualquer afronta à fruição dos *direitos fundamentais* dos cidadãos. Não há cláusula restritiva. Além disso, é justamente no campo dos direitos sociais que se encontram os principais casos de omissões legislativas.

O autor filia-se à segunda corrente, perfilhada por Carlos Mário da Silva Velloso, sustentando a total e irrestrita aplicabilidade do mandado de injunção aos direitos e liberdades constitucionais, bem como às prerrogativas, estas relativas e restritas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A terceira corrente pugna por uma sutil variação da teoria anteriormente esposada, buscando a máxima eficácia do mandando de injunção, de sorte que o instrumento não é apenas concedido face à inércia das normas regulamentadoras de direitos e liberdades constitucionais, mas também para garantir a aplicabilidade das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanassem, diretamente, da Constituição, isto é, ainda que asseguradas por normas infraconstitucionais dependentes de ulterior regulamentação (BERMUDES, 1989, p. 22).

3.2.2 A existência de um direito constitucional a ser regulamentado

A existência de determinados direitos fundamentais resguardados pela constituição aos indivíduos ou à coletividade correlaciona-se ao pressuposto que reclama a regulamentação ulterior da norma constitucional que proteja direitos, liberdades constitucionais ou prerrogativas elencadas no dispositivo legal do instrumento, buscando integralizar o comando constitucional de eficácia limitada.

[é pressuposto para a concessão do mandado de injunção] a indicação, nos pedidos, de um direito ou liberdade constitucional ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania cujo exercício esteja inviabilizado, bem como a menção da ausência de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa demandada, criando a indesejável inviabilização (BARROSO, 2001a, p. 249).

De certa forma, o pressuposto da existência de um direito constitucional a ser regulamentado também se relaciona ao estudo da tipologia das normas constitucionais. Isso porque certas normas não comportam regulamentação posterior, impossibilitando o manejo do instrumento injuncional.

norma jurídica. 3. A força normativa da constituição traduz-se na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos. O problema está não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata mas sim no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da *interpositio legislativa*. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata consagrado no art. 5.º, LXXVII, 1.º, da Constituição Brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II, no caso de existência de omissões inconstitucionais (CANOTILHO, 2006, p. 117-118).

Ademais, na classificação de José Afonso da Silva, somente as normas de eficácia limitada têm sua eficácia restringida por normatização a ser editada posteriormente ao comando constitucional. Lembre-se que os dois pressupostos sob exame relacionam-se à existência e não a produção posterior de norma constitucional regulamentadora. Normas preexistentes na ordem jurídica que regulam a situação constitucional carente de normatização recepcionadas pela Constituição de 1988 obstaculizam a propositura do mandado de injunção, pois presente a regulamentação pretendida.¹⁴⁰

No mesmo sentido, se a ausência não é da norma regulamentadora, mas do próprio permissivo constitucional plasmado na norma jurídica é descabido o manuseio do mandado de injunção. Este é o entendimento do Ministro Sydney Sanches, no MI-QO 425-1/DF¹⁴¹, e do Ministro Celso de Mello, no MI 444-7/MG¹⁴².

Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 526-527) afirma que, em virtude da falta do pressuposto da necessidade da regulamentação de norma constitucional para sua plena fruição, a omissão legislativa que não se refira diretamente ao exercício de direitos constitucionais fundamentais – v.g. para substituir regulamentação contida em medida provisória rejeitada; ou quando a discussão se trave em torno da constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor –, obstaculiza a impetração do mandado de injunção. Em outras palavras, quando a regra constitucional é auto-aplicável, quando a Constituição tenha facultado ao legislador a outorga de certo direito, sem, contudo, ordená-lo¹⁴³, ou quando a norma regulamentadora seja defeituosa, é impossível o jurisdicionado manusear o mandado de injunção por absoluta falta dos pressupostos inerentes à sua concessão.

¹⁴⁰ Nesse sentido encontram-se os acórdãos do MI-(AgRg) 60/DF, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 12.09.90, e MI-(AgRg) 77/DF, também da relatoria do Ministro Marco Aurélio, j. 12.09.90. Igualmente, no MI 257-6/DF, j. 10.11.93, o relator Ministro Moreira Alves asseverou: "Como o texto constitucional novo encontrou em vigor lei que já estabelecia o limite a ser atendido pelo benefício em causa, inexistiu omissão em iniciativa legislativa que possa ser imputada ao impetrado".

¹⁴¹ É o excerto do MI-QO 425-1/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.94: "Ora, se o que falta, no caso, não é a norma regulamentadora do exercício de um direito já criado, mas sim, a própria norma criadora do direito, já que o §1º do art. 40 apenas a permitiu facultativamente, ou melhor, não impôs, então o mandado de injunção, como impetrado, não tem possibilidade jurídica [...]".

¹⁴² É o excerto do MI 444-7/MG, rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.94: "O preceito inscrito no art. 40, §1º, da Carta Política não consubstancia ordem de legislar. Contempla, meramente, simples faculdade deferida ao legislador comum, que, em função de um juízo de oportunidade e conveniência que lhe é privativo, poderá estabelecer exceções ao regime geral de aposentadorias previsto no art. 40, III, da Constituição [...] Torna-se essencial, desse modo, para que possa atuar a norma pertinente à figura do mandado de injunção, que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar e o direito público subjetivo à legislação, de tal forma que, ausente a obrigação jurídica de emanar provimentos legislativos – o que se dá quando a Constituição contempla, como no caso, mera faculdade discricionária de legislar –, não se torna possível imputar comportamento moroso ao Estado".

¹⁴³ Leia-se *normas programáticas* na acepção de Luís Roberto Barroso aqui defendida. É o caso dos MI-QO 107-3/DF, rel. Ministro Moreira Alves; MI 444-7/MG, rel. Ministro Sydney Sanches; MI-QO 425-1/DF, rel. Ministro Sydney Sanches.

3.2.3 A mora inconstitucional e a vinculatividade do legislador

Em geral, a Suprema Corte brasileira impõe a mora normativa como pressuposto necessário à impetração do *mandamus*¹⁴⁴ injuncional, relacionado ao dever irrenunciável do legislador em garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, exercendo as funções típicas que a Constituição lhe resguarda. A mora caracteriza-se pelo decurso do prazo necessário e razoável para a regulamentação da omissão¹⁴⁵ existente. Por necessário entenda-se o prazo *legalmente* disciplinado. Por razoável entenda-se o prazo discricionário atribuído pelo magistrado na falta de previsão legal, diante de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

O dever de injungir advém da ilegalidade gerada pela inércia no dever de regulamentar. Todavia, nem toda omissão é ilegal, vale dizer, nem toda omissão caracteriza a mora inconstitucional. É perfeitamente plausível considerar uma espécie de mora legislativa em que não se verifique o estado de inconstitucionalidade.

Diante da imprecisão na caracterização da mora legislativa a jurisprudência firmou entendimento que repudia o estado de mora quando há procedimento legislativo em trâmite, não seria cabível, portanto, a impetração do mandado de injunção. Essa é a posição do Ministro Celso de Mello no MI 215-1¹⁴⁶.

Em contrapartida, a tese majoritária esposada pelo Ministro Marco Aurélio, no MI 124-3/SP, entende que a omissão inconstitucional, como estado de fato, decorre da simples situação de pendência da aprovação do regramento constitucional regulamentador pelo Congresso Nacional, ainda que exista projeto de lei em trâmite sobre o tema. No mesmo acórdão arremata o Ministro Paulo Brossard:

Creio que seria preciso distinguir, porque, se considerarmos a mora como um fato material, não haveria mora porque há projetos em andamento. Se considerarmos, porém, o resultado, creio que a mora existe porque, a despeito de haver projetos tramitando, esses projetos ainda não foram convertidos em lei (MI 124-3/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.10.92).

O controvertido tema ficou solucionado no MI 361-1/RJ¹⁴⁷, quando a Suprema Corte entendeu que a análise da caracterização da mora deve ser feita em cada caso. Aqui se retoma a discussão doutrinária empreendida no capítulo anterior sobre o momento da

¹⁴⁴ *Mandamus* aqui não deve ser entendido como espécie do instrumento norte-americano de tutela de direitos individuais contra atos do poder público cujo gênero é o *state-writs*. Na doutrina norte-americana “o *mandamus* se traduz em ordem dirigida à autoridade administrativa ou judiciária para prática de determinado ato” (RIBEIRO, 1988, p. 16). Na verdade quer-se aduzir ao mandado de injunção, como sinônimo.

¹⁴⁵ O tema da omissão inconstitucional e da caracterização da mora em legislar foi suficientemente enfrentado no Capítulo 2.

¹⁴⁶ De acordo com Celso de Mello, em acórdão no MI 215-1, dispõe que: “verificada a instauração do necessário processo legislativo, não há mais como atribuir ao Estado a *inertia agendi vel deliberandi*, que pode dar lugar ao mandado de injunção”. Semelhante posicionamento pode ser verificado no MI 191/RJ, MI 323-8/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 08.04.94, e MI 333-5/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 08.04.94..

¹⁴⁷ No MI 361-1/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.04.94, ficou consignado na ementa o seguinte entendimento: “Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade. A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa –, é de ser reconhecida, em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”.

caracterização da mora inconstitucional. Vencido o prazo estabelecido pela lei ou norma, ou ainda, na falta desta, fixado prazo pelo juiz natural do caso sob critérios de razoabilidade e proporcionalidade, não há falar na impossibilidade de se reconhecer a omissão porque existem projetos de lei na dependência de serem apreciados pelo Parlamento.

A controvérsia a respeito da mora inconstitucional como pressuposto para a concessão do mandado de injunção gira em torno da possibilidade de deferimento do *writ* nos casos de omissão parcial inconstitucional, quando o legislador ordinário não tenha respeitado os critérios mínimos de isonomia, promulgando lei que não alberga, na íntegra, todos os casos contemplados pelo direito constitucional pendente de regulamentação.

Na jurisprudência a questão foi enfrentada pelos Ministros Moreira Alves¹⁴⁸ e Marco Aurélio no MI 79-4/DF (AgRg), posicionando-se o primeiro contra o deferimento do *mandamus* nos casos de omissão parcial, ao passo que seria matéria de controle abstrato de normas constitucionais já promulgadas – controle de inconstitucionalidade por ação – e o segundo pelo manejo do instrumento para suprir a falha legislativa inconstitucional, em prol do princípio da isonomia e da máxima efetividade das normas constitucionais.

3.2.4 Carência da ação injuncional

Ada Pellegrini Grinover lembra que a falta de uma só das condições da ação dá azo à caracterização do estado de carência do direito de ação (ação inexistente) ou, ainda, em posição contrária, falta ao autor o direito do exercício da ação (GRINOVER *et al*, 2007, p. 277).

A consequência é que o juiz, ao apreciar o pedido deduzido em juízo, embora investido no poder jurisdicional competente para o processamento do pedido, não chegará a apreciá-lo, isto é, “não chegará a declarar a ação procedente, nem improcedente” (GRINOVER *et al*, 2007, p. 277).

Desta forma, a falta de qualquer dos requisitos especiais antes apontados, enseja seu indeferimento sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 295, incisos II e III, art. 267, inciso VI, e art. 329, todos do Código de Processo Civil. Em divergência, Michel

¹⁴⁸ “No direito alemão, há uma queixa constitucional – a *Verfassungsbeschwerde* – que é utilizável no caso de um direito fundamental ter sido violado inclusive por omissão parcial, como ocorre nas hipóteses de ofensa ao princípio da igualdade. Por esse instrumento jurídico, a Corte Constitucional alemã determina ao Parlamento que supra a omissão parcial, marcando-lhe prazo, que, se não for observado, permite àquele Tribunal que estenda o direito concedido apenas a alguns e não a todos, desde que isso não implique a elaboração, pela Corte, de verdadeira edição de ato normativo. No Brasil, o mandado de injunção se restringe à questão de falta de regulamentação de texto constitucional, e, portanto, à omissão quanto a essa regulamentação. Não se aplica a inconstitucionalidade da lei por omissão parcial. Aqui, o de que dispomos é da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e, com relação a ela, teremos de examinar essas questões complexas de inconstitucionalidade da lei por omissão parcial. Portanto, no caso não é cabível o mandado de injunção, pois qual o direito constitucional cujo exercício está inviabilizado por falta de regulamentação de texto constitucional? [...] Para que o mandado de injunção seja cabível é necessário que o exercício de direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais seja inviabilizado pela falta de regulamentação do texto constitucional que os outorgou, mas que, na prática, não pode ser aplicado. Aqui, não ocorre isso, mas o que há é apenas uma lei que é inconstitucional por não haver observado o princípio da isonomia ao outorgar o direito à vantagem por ela criado a uns e não a todos os que deveriam ter sido contemplados em virtude da isonomia. Não há, no caso, nenhum direito concedido diretamente pela Constituição e que não seja exercitável por falta de regulamentação do texto constitucional que concedeu esse direito” (sic) (MI 79-4/DF (AgRg), rel. Octavio Gallotti, j. 02.08.90).

Temer (2008, p. 215) acredita ser a falta da lacuna normativa e da mora inconstitucional motivos para a improcedência do mandado de injunção.

3.3 NATUREZA DA TUTELA JURISDICIONAL NO *WRIT* INJUNCIONAL

3.3.1 A dúplice dimensão do espectro injuncional

As dimensões do mandado de injunção relacionam-se com sua amplitude e o escopo do instrumento de tutela jurisdicional. Francisco Wildo Lacerda Dantas, com fundamento em Calmon dos Passos, lembra que o entendimento prevalente é o de que o mandado de injunção “é o instituto próprio da jurisdição contenciosa, uma verdadeira ação, com assento constitucional, que se apresenta como um ‘meio de tutela do direito subjetivo, quando ocorre inconstitucionalidade por omissão’” (DANTAS, 2001, p. 732).

A diferença entre o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do STF, a matéria é versada apenas em abstrato e, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (CF, art. 103, §2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (BARROSO, 2001a, p. 252).

O mandado de injunção, por ser ação contenciosa, que traz à baila a discussão de um litígio latente na vida social, sob o argumento da ineficácia de algum direito constitucionalmente assegurado, carrega em sua sentença não apenas declaratividade, mera chancela pública de direitos privados ou exorto ao legislador ordinário para a edição da regulamentação faltante. Seu escopo e natureza demonstram a tutela injuncional que transcende a simples declaração.

Luís Roberto Barroso, escorado nas lições de Carlos Mário da Silva Velloso, aponta dois objetivos¹⁴⁹ a serem perseguidos pela tutela jurisdicional no mandado de injunção: (a) a ordem expedida à autoridade ou órgão competente para que edite a norma regulamentadora do dispositivo constitucional; (b) o suprimento da lacuna legal, ao decidir o caso concreto. Barroso entende cabível apenas o suprimento da lacuna, ao passo que o exorto ao poder omissor é atribuição de outro instrumento de concretização constitucional: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (BARROSO, 2001a, p. 251).

¹⁴⁹ O mandado de injunção, ao revés, tem por escopo permitir que o Poder Judiciário possa viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (DANTAS, 2001, p. 729).

Em consequência, afigura-se fora de dúvida que a melhor inteligência do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficiente ou adequadamente regulamentados, carecem de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou uma recomendação para edificação de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui os órgãos legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária. A função do mandado de injunção é fazer com que a disposição constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada (BARROSO, 2001a, p. 252).

De fato, o instrumento foi criado para *implementar* o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e o exercício das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Implementar é executar plano, programa ou projeto, no caso, norma. É levar à prática por meio de providências concretas; é programar; é prover de implemento aquilo que é indispensável para executar alguma coisa, o complemento, a execução em si (FERREIRA, 1999, p. 1083).

Da implementação exsurge, por evidência, a exeqüibilidade da ação constitucional e não há falar em execução sem condenação ou, ao menos, carga condenatória mínima ligada ao provimento jurisdicional. Condena-se com base em situação de fato ou de direito concretas, vale dizer, na norma *inter partes* criada. Daí se conceituar implementação como o *ato de levar à prática por meio de providências concretas*.

A concreção sob discussão é a constitutividade da tutela pretendida. *Concretizar é efetivar; realizar; tornar possível; é dar eficácia jurídica à norma regulamentado-a, ainda que no caso concreto*.

A concretização normativa¹⁵⁰, seja pela utilização dos meios de suprimento das lacunas (art. 4º e 5º da LICC), seja por outro qualquer, leva à execução da norma e, por conseguinte, à implementação enquanto complemento; ato de complementar. Afinal, *implementar é prover aquilo que é indispensável para a execução de alguma coisa*.

Logo, conclui-se: implementar é prover a norma regulamentadora faltante; é constituir.

Daí se afirmar que a procedência do mandado de injunção produz duas consequências: “1) torna potencialmente eficazes e imediatamente aplicáveis normas constitucionais conferidoras de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, quando dependentes de regulamentação; 2) alarga a atividade jurisdicional, porque confere ao juiz competência para, no julgamento do mandado de injunção, decidir por equidade e assim aplicar a norma que estabelecerá como se fosse legislador” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 190-191).

¹⁵⁰ Flávia Piovesan aponta exceção à concretização normativa dos direitos constitucionais obstados por falta de regulamentação. Para a autora “só estariam excluídas desse processo de concretização aquelas hipóteses em que a atuação legislativa fosse absolutamente insubstituível” (*apud* PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 162).

Injungir, por sua vez, é imposição¹⁵¹; *impor obrigação a*; *obrigar*; *forçar*; *constranger* (FERREIRA, 1999, p. 1114). Obrigação que pode ser compreendida sob diferentes matizes, a depender da corrente jurisprudencial a que o autor se filie. Obriga-se aquilo que está constituído, que existe, mesmo porque o direito tem aversão ao vácuo¹⁵². Não há declaratividade, condenação ou constitutividade onde não haja relação jurídica subjacente. A *ordem* pressupõe a *constituição*, que consigo carrega carga de declaração, ainda que mínima. A obrigação no direito impõe a observância de uma ordem. *Ordenar* no direito processual, sob a classificação quinária de Pontes de Miranda, é *mandamentalizar*.

Enfim, a injunção é o método de implementação do direito. É o meio pelo qual se garante a completude do direito subjetivo obstado. A implementação é o escopo da injunção, de sorte que não há injunção meramente declaratória. Ela pressupõe uma carga de mandamentalidade, que nas palavras de Pontes de Miranda, inclui cargas constitutivas, declaratórias e condenatórias.

Diga-se mais: o mandado de injunção alcança dupla dimensão. A primeira é identificada na aplicação do direito constitucional obstado por falta de regulamentação, ao constituir a norma para o caso concreto, declarando aplicável o direito e reconhecendo, a partir disso, a lacuna inconstitucional existente. Está intrinsecamente ligada à viabilidade da edição de uma norma concreta para solvabilidade da lide levada ao juízo. É dimensão que garante a aplicabilidade do preceito constitucional, cuja natureza é declaratória e constitutiva.

A segunda dimensão do instrumento injuncional consubstancia a ordem para o suprimento da lacuna pelo órgão competente, sob pena de deslocar a competência originária para o órgão judicial que aprecia a matéria em questão, adquirindo competência residual e *ad hoc*. É dimensão de força – de ordem –, eminentemente mandamental, que impõe o cumprimento do dever de regulamentar. Força que, em alguns casos, pode ser potencializada a ponto de condenar¹⁵³ os legitimados passivos na reparação dos danos

¹⁵¹ Segundo Celso Agrícola Barbi “*Injunção* significa *imposição*, o que não existe em uma sentença que seja apenas declaratória da omissão do Poder Legislativo” (*apud* PFEIFFER, 1999, p. 84).

¹⁵² “O mandado de injunção, por sua própria natureza, torna inescusável o dever judicial de transpor o vazio normativo para atender à pretensão vindicada pelo impetrante” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 191). Casos paradigmáticos são os MI 232-8/DF e MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.08.92, que alteraram a antiga posição jurisprudencial da Suprema Corte brasileira na qual se atribuía à tutela jurisdicional injuncional mera carga declaratória.

¹⁵³ A gênese dessa corrente concretista-condenatória encontra-se no acórdão proferido no MI 283-5/DF, quando foi declarada a morosidade inconstitucional do legislador, nos moldes do MI 107-3/DF, dela cientificando o Congresso Nacional e o Presidente da República para a edição da lei no prazo razoável de 60 dias, de sorte que transcorrido o prazo *in albis* seria reconhecido ao impetrante a “faculdade de obter, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem”. O mesmo, no MI 284/DF, quando foi assegurado aos impetrantes “desde logo, a possibilidade de ajuizarem imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”. Contudo, o posicionamento jurisprudencial da Suprema Corte, popularmente digno da alcunha “Poncio Pilatos”, recebeu feroz crítica do Ministro Marco Aurélio que, no MI 283-5/DF, em seu voto vencido asseverou: “Agora vejamos a situação *sui generis*; O Tribunal, dizendo-se competente para apreciar o MI – e ninguém tem dúvida quanto a isso – reconhece que, passados dois anos, até hoje não foi editada a lei que cogita o dispositivo constitucional. Em um passo subsequente, ao invés de atuar de forma concreta e fixar os parâmetros da reparação que serão futuramente disciplinados por lei, transfere essa fixação ao juízo”.

eventualmente causados ao impetrante, indivíduo potencialmente detentor do direito obstado.

3.3.2 A declaratividade e a garantia da aplicabilidade dos direitos

Imanente à sentença injuncional está a declaratividade, já bem assentada pelo Ministro Moreira Alves no MI 107-3/DF.

A esse respeito, o Dep. Michel Temer (2008, p. 213-214) observa que no mandado de injunção o Judiciário deve *declarar* o direito para que dele possa desfrutar o postulante ainda que omissa o órgão regulamentador da norma constitucional. Assim, “qualquer pessoa está legitimada para propô-lo e a consequência é a declaração do direito pleiteado, feita diretamente pelo Judiciário, apesar da ausência da norma regulamentadora”.

A decisão judicial no *mandado de injunção* torna *viável* o exercício dos direitos constitucionalmente previstos. Sob essa perspectiva, a *declaratividade* é única função do mandado de injunção, lembrando que “o Judiciário não legislará nem substituirá o legislador competente: Declarará o direito” (TEMER, 2008, p. 214).

Para o autor a declaração do direito, contraditoriamente, teria força mandamental, caracterizando exercício da jurisdição de forma ampliada. Aqui, a declaratividade confunde-se com a sua peculiar carga constitutiva *inter partes* que, finda por ser confundida, com a mandamentalidade, enquanto ordem para execução da declaração da viabilidade e da possível fruição do direito.

Ora, se o Judiciário declara viável o exercício de um determinado direito constitucional, ele o faz constituindo uma regra específica para o caso concreto. E, como dito alhures, a mandamentalidade enquanto ordem de execução recairá sobre a carga constitutiva do direito prolatado em juízo. Melhor seria se Temer tivesse abandonado o *dogma da onipotência do legislador* para contemplar uma efetiva regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa obstados, operada com efeitos *inter partes*. Assim sendo, poder-se-ia admitir a tese defendida pelo jurista, caso contrário não há subsídio a fundamentar *uma mandamentalidade destituída de um mínimo de constitutividade*¹⁵⁴.

Não há falar em imprescindibilidade da carga declaratória na sentença injuncional: o que não se pode admitir é que a injunção se limite à mera declaratividade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende esse questionável ponto de vista. Alicerça-se o autor no posicionamento do Ministro Moreira Alves no MI 107-3/DF, quando o magistrado assim se manifestou:

[...] só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e

¹⁵⁴ O assunto será tratado adiante no item 3.3.4 “A mandamentalidade intrínseca à regulamentação”.

contrapesos de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo. (MI 107/DF, rel. Min. Moreira Alves).

Daí porque o instrumento em tela não deteria carga constitutiva, cientes os defensores desse ponto de vista que constituir relação jurídica na demanda jurisdicional seria legislar. A verdade é que o mandado de injunção não possui apenas carga declaratória, senão também carga constitutiva. Disso não se pode olvidar.

E conclui o autor acerca da constitutividade da injunção:

Destaque-se, por fim, que, dentro da nova sistemática desenhada pelo atual texto constitucional, não é de estranhar que se dê a atividade jurisdicional no campo da atividade regulamentar, para suprir a omissão da atividade legislativa ou até mesmo administrativa. A atuação jurisdicional se dá apenas e tão-somente para suprir a omissão ou o inadimplemento do poder competente para a regulamentação do direito subjetivo albergado na Constituição. Ela se procederá como um meio de tutela desse direito subjetivo, quando ocorre inconstitucionalidade por omissão, na forma expressa no próprio texto constitucional (DANTAS, 2001, p. 735).

O problema de *declaratividade* da tutela jurisdicional na injunção imiscui-se no objeto da declaração do magistrado: o que o juiz declara? Francisco Dantas (2001, p. 733) sustenta a tese de que a declaração volta-se para a existência da omissão na regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa.

A *declaratividade* viabiliza a impetração reconhecendo o cumprimento dos pressupostos específicos do *mandamus*, ou seja, reconhece tratar-se de direito obstado em virtude da ausência de regulamentação ulterior, declarando a existência da lacuna constitucional, bem como a existência da mora legislativa, vinculando-se, assim, à mandamentabilidade da ação.

Controverte-se a questão acerca da necessidade de certificação prévia do direito, a operar-se pela via jurisdicional. Calmon dos Passos (1989, p. 116-118, 126-130, 135) entende ser o *mandamus* via processual adequada à constituição concreta da regulamentação faltante, que exige anterior óbice na prolação judicial, justamente pela lacuna existente.

Por isso, afirma o autor, não teria o mandado de injunção a peculiar característica de solucionar uma lide subjacente aos fatos impeditivos do usufruto do direito, matéria relegada ao magistrado de primeiro grau, competente para sua apreciação.

Repudia-se, desta forma, os efeitos condenatórios da sentença injuncional (PASSOS, 1989, p. 130-131), viabilizando a remessa do jurisdicionado para demanda ordinária, a fim de que lá possa satisfazer concretamente a pretensão resistida que possui¹⁵⁵.

Por derradeiro, não olvida Calmon dos Passos em sua doutrina, muito menos a tese aqui esposada, a necessária argüição da *declaratividade* como mecanismo para

¹⁵⁵ Com isso, J. J. Calmon dos Passos possibilitou que seus sucessores sustentassem a possibilidade de uma relativa abstrativização do controle de constitucionalidade por injunção, ao passo que o instituto mais se assemelharia ao controle concentrado de constitucionalidade.

transformar o direito obstado em direito imediatamente aplicável, valendo-se do disposto no artigo 5º, §1º, da CF – a depender da definição e amplitude que se lhe queria dar –, vinculando-se à constitutividade.

3.3.3 A constitutividade e a carga condenatória da sentença injuncional

A *implementação*, por si só, leva à idéia da necessária constitutividade da sentença injuncional. “Em uma palavra a decisão judicial cria ou constitui a situação nova, inobtenível sem a decisão judicial” (DANTAS, 2001, p. 733), e só o faz por não existir situação jurídica preexistente que comporte a eficácia plena do comando constitucional¹⁵⁶.

Diante da inexistência da lei que regule o caso concreto, o juiz, constrangido pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) volta ao primitivo “sistema da formulação judicial do Direito” (LEMOS, 2002, p. 158), certo de que o ordenamento jurídico não possui lacunas, impondo a aplicação de comandos normativos em concreto: é o dogma da completude. E falar de criação jurisprudencial do direito já se tornou um remorso deixado para sua história.

A criação da norma para o caso concreto, quando omissa a lei, será identificada como equidade¹⁵⁷ em seu aspecto material e social. O primeiro identifica-se com a justiça do caso concreto “a solução de litígios por equidade é a que [...] pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa” (LEMOS, p. 158). No seu âmbito social a equidade é “tarefa integradora ou de colmatação de lacunas é *criadora*, no sentido de criar como explícito algo já implícito no sistema jurídico, estabelecendo-se uma norma individual relativa à hipótese não regulamentada, submetida à apreciação do Judiciário” (DINIZ, 1998, p. 43).

O magistrado deve, na constituição da nova relação jurídica que derruirá a omissão inconstitucional, valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito (art. 4º, da LICC)¹⁵⁸. Deve, igualmente, “atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º, da LICC), pelo que o mandado de injunção tomará novas feições. Na insuficiência dos recursos dispostos no art. 4º da LICC, observando o

¹⁵⁶ Se há contornos suficientes para a aplicabilidade do preceito constitucional, vale dizer, se há situação jurídica subjacente capaz de sustentar os efeitos jurídicos da norma indigitada, não há falar em injunção. Contudo, a pluralidade de casos concretos existentes na sociedade e a evolução cultural do homem, leva, muitas vezes, à transformação de normas que há pouco tempo comportavam eficácia jurídica plena para a situação concreta, em normas de eficácia limitada que, diante da nova situação, requerem a injunção para a garantia de sua aplicabilidade.

¹⁵⁷ Equidade, nas palavras de Célio Borja (1989, p. 44), “assume, ao contrário, mais de um significado e, entre outros, o de interpretação segundo a natureza e finalidade do Estado (cf. Alípio Silveira, *Conceito e funções da equidade*, p. 182-183), ou, usando expressão encontrada em Biscaretti di Ruffia, exegese segundo os princípios gerais da ordem jurídica positiva do Estado”. Para Pontes de Miranda (1997, p. 375) equidade é “palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação” e, ainda, a prática “com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites”.

¹⁵⁸ “Estaria vedado ao juiz decidir por equidade [em virtude da ausência de permissivo legal]. Mas persistiria o dever de julgar, não como se legislador fosse, mas recorrendo à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito. Tal dever jurídico, agora, decorre de comando da própria Constituição que, ao instituir o mandado de injunção quis, declaradamente, remediar a inércia do legislador, confiando ao Judiciário o poder de supri-la (art. 5º, LXXI, Constituição)” (BORJA, 1989, p. 44).

texto do artigo subsequente, deverá o magistrado valer-se da equidade para solução do caso de omissão da norma regulamentar que lhe foi submetida.

Assim, “a jurisdição em mandado de injunção não é imediata equidade. Caso esta, porém, faça-se imperativo, cuida-se de equidade pelo legislador qualificada constitucional. Constitui essa *jurisdição de equidade*, portanto, legítima função” (LEMOS, 2002, p. 160).

No mesmo sentido, Hélio Tornaghi (*apud* LEMOS, 2002, p. 159) leciona:

O mandado de injunção é “instrumento de proteção” e “ferramenta forjadora de direitos”, pois “alarga o campo da jurisdição de equidade” e “abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais”. Manifesta-se então por tríplice função social: “possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei”, “apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa” e “evita as soluções revolucionárias”.

A constitutividade limitada pela equidade evita soluções revolucionárias porque leva em consideração os aspectos materiais do caso, razão pela qual se enquadra no controle difuso de constitucionalidade, em busca da garantia da justiça material.

Em meio à discussão acerca da concreção do direito obstado, com efeito *inter partes*, surgiu a questão da *resolutividade* do mandado de injunção em contraposição aos pedidos condenatórios formulados no *mandamus*. A pergunta pertinente era: o instrumento constitucional resolveria a lide instaurada ou remeteria o impetrante à satisfação do direito pelas vias ordinárias? Resolvendo-a, admitiria a Corte Suprema a existência da coisa julgada¹⁵⁹ e de certa exequibilidade na sentença injuncional, sob o entendimento de que

os órgãos competentes para julgar o mandado de injunção devem, além de editar concretamente a norma faltante, resolver efetivamente a *lide*, prolatando decisão condenatória, constitutiva ou declaratória, segundo o pedido confeccionado pelo autor (MAZZEI, 2006, p. 149).

Por sua vez, ao remeter o jurisdicionado às vias ordinárias para a satisfação do seu direito declarado e constituído, estar-se-ia aproximando os efeitos da sentença injuncional à *teoria da subsidiariedade* – adiante estudada –, de sorte que o provimento jurisdicional se afiguraria inócuo¹⁶⁰, pois as Cortes se limitariam apenas “à integração normativa, estando o mandado de injunção vinculado à existência anterior de um processo, em que o exercício de um direito subjetivo constitucional tenha sido inviabilizado por omissão legislativa” (MAZZEI, 2006, p. 149).

¹⁵⁹ Para Calmon dos Passos (1989, p. 126) “no mandado de injunção, propriamente dito, ocorre, sim, a preclusão *pro judicato*. Definida a norma para o caso concreto, cessa a competência do órgão responsável, e, esgotados os recursos, faz-se imutável a decisão, porque, inserida no julgamento da lide, a decisão que compõe essa lide, transitando em coisa julgada material, inclui também, com essa definitividade, a decisão no *mandamus* [...] Observamos, portanto, ser a coisa julgada no mandado de injunção um imperativo da inserção, do que nele se decide, no contexto maior de uma lide ou de uma situação jurídica que, por força de sua jurisdicionalização ou certificação judicial, torna-se decisão imutável, com trânsito em coisa julgada”.

¹⁶⁰ De acordo com o Prof. José Carlos Barbosa Moreira (TJ/RJ MI n. 06/90) “Realmente: dar ciência da omissão ao órgão omisso é providência de todo em todo inócua, até por que, presumivelmente, ninguém melhor do que ele sabe que se vem omitindo para que adote as providências necessárias, acrescenta-se: mas, se não se comina a sanção para o descumprimento, o acréscimo, do ponto de vista jurídico, e, sobretudo, ao ângulo prático, a rigor continua a padecer de inocuidade [...], a não ser que a ameaça de responsabilização fosse suficiente para obrigar o órgão omisso a suprir sem demora a falta” (*apud* MAZZEI, 2006, p. 161).

A partir do MI 283-5/DF, preferiu a Suprema Corte brasileira adotar o primeiro posicionamento, demonstrando como a carga condenatória da sentença injuncional liga-se a sua constitutividade, quando reclamada pelo impetrante. Em outras palavras, a decisão judicial no mandado de injunção “possui, também, carga condenatória – porque se reveste de condenação do obrigado à regulamentação faltante a satisfazer o direito na forma e nas condições regulamentadas pelo Judiciário” (DANTAS, 2001, p. 733).

A carga condenatória, portanto, deve ser vista como a imposição jurisdicional da observância, pelo impetrado, da relação jurídica ajustada ao caso concreto. O aspecto levantando por Francisco Dantas sugere certa carga de condenação que se confunde com a mandamentalidade imanente à sentença. Ressalte-se: independentemente do sentido que se queria dar à carga condenatória, ela nunca se sobreporá aos demais efeitos da tutela jurisdicional, exceto nos casos de pedido independente, formulado pelo impetrante, porque houve prejuízos materiais diante da ausência de regulamentação do direito e da conseqüente inviabilidade de seu usufruto.

Nesses casos excepcionais, a condenatividade se desprenderá da constitutividade e adquirirá maior força. O magistrado competente poderá, então, proferir decisão condenatória certa e exigível, mas não líquida, ao passo que não compete ao tribunal apreciar as peculiaridades do caso concreto, razão pela qual se tem remetido o impetrante às vias ordinárias para a devida liquidação (MAZZEI, 2006, p 156-158).

A decisão condenatória transitará em julgado, lembrando-se que:

[...] prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos que lhe for mais favorável (MI 283-5/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

Roberto Pfeiffer (1999, p. 225-241) ressalva a hipótese de a sentença injuncional apreciar pedido condenatório. Nesse caso, a condenação ensejará a execução do provimento jurisdicional que dependerá do entendimento que se dê à natureza prevalente da decisão, bem como à natureza que se queira atribuir à *peculiar coisa julgada*¹⁶¹ na ação de injunção.

De acordo com a corrente majoritária do STF a sentença possui caráter prescritivo, “nada há que executar porque as sentenças declaratórias valem por si mesmas. Na concepção que a vê com caráter constitutivo, também descabe a execução” (DANTAS, 2001, p. 744). Já, adotando a sentença um caráter predominantemente condenatório, “tem-se que, ao expedir um preceito condenando-se ao cumprimento do direito nos moldes da

¹⁶¹ À respeito lembra Rodrigo Reis Mazzei (2006, p. 188): “A coisa julgada que é formada a partir do mandado de injunção é extremamente peculiar e merece tratamento adequado e próprio, sendo, para nós, exceção à regra da imutabilidade, diante da estreita vinculação do *writ* com a transitoriedade [...] Os efeitos da coisa julgada que – na nossa opinião – são transitórios, demonstram que inexistente qualquer embaraço para o manejo do mandado de injunção coletivo para discussão de qualquer questão, ainda que de caráter difuso, pois o *writ* em voga não gera atividade legiferante. O judiciário preencherá o vazio legislativo através de decisão judicial, até que a matéria venha a ser regulada por lei (a compreensão dessa peculiaridade é fundamental no estudo da figura jurídica)”.

regulamentação supletiva procedida para o caso concreto, o comando será normalmente cumprido” (DANTAS, 2001, p. 744). Havendo resistência ao cumprimento espontâneo, haverá execução.

3.3.4 A mandamentalidade intrínseca à regulamentação

A *condenação* une-se à *constituição* para elevar a sentença de procedência no mandado de injunção ao *status* de sentença mandamental.

André Puccinelli Júnior (2007, p. 157) sustenta que “a decisão proferida em sede de controle abstrato da omissão inconstitucional tem eficácia mandamental, pois assume as vestes de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado” – que se identifica, aqui, com o Poder Legislativo, buscando ao final a adoção das “medidas necessárias para que a norma constitucional prevaleça em toda a sua pujança”¹⁶².

A *mandamentalidade* é a peculiar característica do mandado de injunção, mesmo porque injungir é ordenar. A *mandamentalidade injuncional* da sentença, antes de tudo, busca a satisfação do direito, liberdade ou prerrogativa obstada, ordenando à autoridade competente o imediato suprimento da lacuna jurídica verificada, porque presentes as condições descritas na norma individual por ela revelada.

Graças à mandamentalidade injuncional pode-se conceber a aplicação e a viabilização do direito, liberdade ou prerrogativa obstados. É a partir do mandamento que o magistrado torna efetiva a norma constitucional, agrupando caracteres constitutivos, declaratórios e condenatórios.

Nesse sentido, Pontes de Miranda, em sua célebre classificação quinária das ações, bem observou que a sentença mandamental tem carga de eficácia cinco, mas tem carga quatro de eficácia declarativa e carga três de eficácia constitutiva (MIRANDA, 1998, p. 143).

Em suma, a *mandamentalidade* intrínseca à decisão injuncional de regulamentação é a expressão da potencialidade do exercício ampliado da jurisdição constitucional (TEMER, 2008, p. 214-215).

Pelo que é forçoso concluir que a *ordem* – o *mandamento* – é a constrição política e moral do dever de regulamentação diante do qual se queda inerte a autoridade competente, cuja sanção é a avocação ao órgão judicante de uma *competência extraordinária legiferante*, limitada ao caso apreço.

Tal atribuição objetivará integrar a norma a fim de garantir a máxima efetividade do preceito constitucional sob injunção, como também será fonte formal do direito,

¹⁶² “Aliás, era esta a idéia originalmente defendida pelos membros da Assembléia Nacional Constituinte que se reuniu em Brasília, durante o biênio de 1987-1988, para discutir o formato do texto atual. Tanto é que só a partir do segundo substantivo apresentado pela Comissão de Sistematização se retirou tal competência normativa do Supremo Tribunal Federal, antes prevista no art. 149, §2º, do Projeto de Constituição” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 159).

precedente jurisprudencial, que deverá ser adotada nos demais casos concretos, excetuadas as peculiaridades existentes.

3.4 A AMPLITUDE DOS EFEITOS DA DECISÃO INJUNCIONAL

Recentemente, no julgamento do MI 708-0/DF, o Ministro Ricardo Lewandowski deduziu do apanhado de decisões prolatadas no campo do mandado de injunção a existência de três teorias construídas em torno dos efeitos inerentes ao instrumento constitucional.

Segundo o Ministro, a primeira das teorias concebe a decisão injuncional como meramente declaratória, buscando apenas declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa e dar ciência disso ao órgão competente para a tomada das providências cabíveis.

Essa concepção foi defendida pelos adeptos de uma visão mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que posteriormente se mostrou ineficaz por frustrar a expectativa do impetrante no logramento de uma efetiva tutela do direito cujo exercício é obstado pela ausência de norma regulamentadora.

A segunda corrente, na visão do Ministro Lewandowski, admite a integração da norma faltante, de modo a viabilizar o exercício do direito obstado no caso concreto.

A terceira e última corrente entende caber ao Judiciário elaborar a norma faltante ou adotar uma existente, compatível com a matéria pendente de regulamentação, suprimindo, desse modo, a omissão do legislador. A decisão jurisdicional, na aplicação da referida corrente, ostentaria caráter constitutivo – com validade *erga omnes* –, declaratório, mandamental – por natureza –, e, ainda, possivelmente condenatório, como já atestado alhures.

As mencionadas correntes foram adotadas paulatinamente pela Suprema Corte, que partindo da corrente restritiva da mera declaração da mora inconstitucional chegou a abraçar a corrente que legitima a integração normativa *erga omnes*, como estampado nos julgamentos dos MIs 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA.

Na doutrina brasileira, Alexandre de Moraes (2006, p. 158-163) bem sistematizou a disparidade jurisprudencial existente na Suprema Corte levantada pelo Ministro Lewandowski. O autor classificou as diversas posições em *não concretista* e *concretista*, esta última, por sua vez, subdividida em *concretista geral* e *concretista individual*¹⁶³.

¹⁶³ Alexandre de Moraes (2006, p. 160-161), ainda, subdivide a posição *concretista individual* em *direta* (MI 321-1/SP, rel. Min. Francisco Rezek, j. 01.08.94; MI 431-5/DF, rel. Ministro Celso de Mello, j. 01.08.94) – que propõe a implementação da norma regulamentadora pelo órgão jurisdicional, independentemente de notificação do órgão omisso, pois presentes os requisitos de integração normativa, dignos da amplitude jurisdicional da tutela constitucional –, e *intermediária* (MI 335-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 07.10.94) – que propõe o suprimento da lacuna normativa após transcurso *in albis* do prazo concedido ao órgão omisso para que proceda à implementação da norma regulamentadora faltante.

3.4.1 Teoria da subsidiariedade¹⁶⁴ e desestímulo à demanda reprimida

Inicialmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi reticente quanto à amplitude dos efeitos do mandado de injunção, sustentando a teoria que atribuía à sentença de procedência do *writ* os mesmos efeitos da sentença de procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, isto é, exorto ao Poder Legislativo para a edição da norma regulamentar faltante.

A posição *não concretista* ficou estampada no Mandado de Injunção MI 107-3/DF¹⁶⁵, quando o relator Ministro Moreira Alves entendeu o instrumento injuncional como “ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentar [...] que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade desta omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar” pela autoridade ou entidade de que ela dependa. Tem por finalidade “que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão” e nada mais. Partia-se do pressuposto que a supressão da omissão diretamente realizada pelo Judiciário seria contrária ao princípio da separação dos poderes, daí equiparar o *mandamus* aos efeitos da sentença da ação de controle abstrato.

O alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o Judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito. Aliás, tal alcance está fora da sistemática constitucional brasileira, que consagra a “separação de poderes” não apenas pela referência contida no art. 2º, incluída entre os “princípios fundamentais da República”, mas também por ter sido ela incluída entre o cerne imutável da Constituição. De fato, o art. 60, §4º, III, [...] inova no Direito brasileiro proibindo seja objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes (FERREIRA FILHO, 1989, p. 277).

Tratava-se de entendimento jurisprudencial que atribuía ao Poder Judiciário um controle meramente político das omissões legislativas, ao passo que emitiria uma censura, cuja sanção só despontaria quando dirigida para órgão administrativo e não suprida no prazo de trinta dias (aplicação analógica do art. 103, §2º, da CF). Tal censura em nada contribuiria para solucionar o problema daquele que suscita a tutela jurisdicional.

A tese era insatisfatória, pelo que certos Ministros do STF, como Célio Borja, passaram a sustentar que o instrumento de tutela deveria “atender de modo concreto ao pedido, para evitar uma vitória de Pirro, viabilizando, desse modo, o exercício do direito constitucionalmente previsto” (SEHN, 2001, p. 251).

¹⁶⁴ Expressão utilizada por Rodrigo Reis Mazzei para designar a corrente *não concretista*. Lembra o autor: “O nome *teoria da subsidiariedade* vem do entendimento de que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária, com características bem semelhantes à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo especificamente no que se refere à legitimidade” (MAZZEI, 2006, p. 147).

¹⁶⁵ No mesmo sentido estão os seguintes julgados: MI 124-3/SP, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 07.10.92; MI 168-5/RS, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 21.03.90; MI 362-0/RJ, rel. Ministro Francisco Rezek; MI 20-4/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.05.94; e MI 361-1/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 08.04.94.

Alterando sua posição, a Corte Constitucional brasileira no MI 81-6/DF, acórdão da lavra do relator Ministro Celso de Mello, frisou a distinção dos instrumentos. Enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a integrar a norma jurídica regulamentar faltante, o mandado de injunção procura garantir a aplicação do direito obstado pela mora inconstitucional, não extinguindo o vício de inconstitucionalidade. A inovadora decisão abriu caminho para a edificação de um novo posicionamento do Supremo Tribunal face à falta de regulamentação do *writ* injuncional.

[...] houve uma evolução na jurisprudência da Suprema Corte, que concebeu o mandado de injunção não apenas com o fim de reconhecer a existência da omissão, mas ainda assinalado um prazo a fim de que se ultimasse o processo legislativo faltante, sob pena de, vencido o prazo sem legiferação, passar “a requerente a gozar da imunidade requerida nos termos do art. 195, § 7º, da CF” (MI 232-1/RJ, rel. Min. Moreira Alves, RT 732/139) (MEIRELLES, 1991, p. 133)

Certamente o posicionamento da Suprema Corte tendente a considerar o mandado de injunção instrumento idêntico à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, produzindo os mesmos efeitos, encontraria inúmeros obstáculos para sua aceitação, seja de ordem lógico-sistemática, seja de ordem teleológico-finalística.

Segundo Flávia Piovesan, identificando o mandado de injunção à semelhança da ação direta de inconstitucionalidade o intérprete desvirtuaria por completo o comando insculpido no art. 103 da CF, isto porque, com absoluta precisão, o constituinte não pretendeu restringir a legitimidade ativa da ADI, no controle abstrato de constitucionalidade das omissões legislativas, muito menos torná-la irrestrita a qualquer cidadão (art. 5º, LXXI). “Se existe a diferenciação quanto à legitimidade ativa é porque, sem dúvida, os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção não são os mesmos” (SEHN, 2001, p. 251).

Desta forma, a manutenção da primeira das correntes adotadas pelo Supremo Tribunal Federal evidentemente deturparia o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, pois, interpretava o mandado de injunção como “uma simples declaração do inadimplemento das propostas da constituição, uma censura política implícita, mas que não soluciona o problema daquele que, com razão e direito, bateu às portas da Justiça” (BARBI, 1988, p. 7).

3.4.2 Corrente *concretista individual* e suas variações

A evolução dos julgamentos na seara injuncional fez amadurecer o comprometimento dos magistrados com efetividade das normas constitucionais não regulamentadas, dando azo, após o primeiro decênio da constituição, à dissensão da corrente *não concretista* e ao fortalecimento da chamada *corrente concretista individual*.

Alicerçada nas doutrinas de J. J. Gomes Canotilho¹⁶⁶, Flávia Piovesan, Luís Roberto Barroso, Roque Antonio Carrazza, Adhemar Ferreira Maciel, Sérgio Bermudes, Diomar Ackel Filho, Celso Ribeiro Bastos, dentre outros, o Supremo Tribunal Federal tem sustentado posição ativa face à mora inconstitucional, entendendo que o Judiciário deve suprir a omissão legislativa, criando norma aplicável ao caso concreto, segundo um juízo de equidade e uma interpretação sistemática da Constituição.

Ao magistrado cabe a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, sem a necessidade de transmutar-se o julgador em legislador. A solução há de ser [...] adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de interpretação que se requer (BASTOS, 1989, p. 221-222).

Em sua primeira versão, a corrente *concretista individual direta* sustentava que o juiz do caso concreto poderia integrar a norma regulamentar faltante, com efeitos *inter partes*, sem exortar o órgão legislativo para assim o fazer. Contudo, vislumbrando a possibilidade de estar usurpando competência legislativa, o Supremo Tribunal Federal abrandou a tese esposada, criando um mecanismo de declaração incidental da omissão legislativa. Assim, o tribunal exortaria o Legislativo para elaborar a norma faltante no prazo assinalado, sob pena da edição da norma *in concreto*, produzindo coisa julgada em favor do impetrante. À variação chamou-se corrente *concretista individual intermediária*.

Com relação ao mandado de injunção, sendo ele procedente, dar-se-á ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora faltante, sob pena de, não a elaborando dentro do prazo estabelecido, sofrer alguma espécie de sanção, desde que esta seja possível (BASTOS, 1989, p. 221-222).

Por possibilitar ao tribunal competente o suprimimento da lacuna com efeitos *inter partes*, recorrendo, portanto, aos princípios gerais, à analogia e à interpretação sistemática da Constituição, estar-se-ia preservando, da melhor forma possível, os princípios da supremacia da constituição, da separação dos poderes, da máxima efetividade das normas constitucionais e da vedação do não retrocesso, caminhando efetivamente para a introdução de um verdadeiro *constitucionalismo moralmente reflexivo*¹⁶⁷.

A razão de ser da concretização do direito constitucional obstado, cuja operacionalidade seria desencadeada com efeitos entre as partes, encontra guarida na lição de Roberto Luis Luchi Demo:

¹⁶⁶ “O mandado de injunção não tem por objecto uma pretensão a uma emanção, a cargo do juiz, de uma regulação legal complementadora com eficácia ‘erga omnes’. O mandado de injunção apenas viabiliza, num caso concreto, o exercício de um direito ou liberdade constitucional perturbado pela falta parcial de lei regulamentadora. Se a sentença judicial pretendesse ser uma normação com valor de lei ela seria nula (inexistente) por usurpação de poderes” (*apud* MORAES, 2006, p. 160).

¹⁶⁷ O constitucionalismo moralmente reflexivo busca substituir um dirigismo constitucional autoritário, embora ineficaz, por meio da adoção de outras fórmulas que, em última análise, buscam completar o projeto inacabado da modernidade sob as condições e circunstâncias da pós-modernidade. Nesse cenário o constitucionalismo reflexivo se fundamentará nos princípios da tolerância, da relevância local, da eficácia flexiva (direcção indirecta) – calcada na delegação de atribuições, no neocorporativismo e na subsidiariedade –, e das justas dimensões do princípio da responsabilidade (não mais entendido como vinculatividade extremada do legislador e do governante). J. J. Gomes Canotilho (2006, p. 128-129) lembra, ao final, que a lei dirigente do século XXI dará lugar ao contrato, alargado num espaço transnacional – contrato como idéia de necessidade global –, daí falar em contrato cultural (tolerância e diálogo), contrato democrático (democracia como governo global) e contrato do planeta terra (desenvolvimento sustentado). Tudo aponta para uma constitucionalização da responsabilidade, por meio da garantia das condições sob as quais podem coexistir as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção.

É importante que se diga, desde logo, que o STF não assumiu o poder de legislar *in genere*, mas tão só naquele caso concreto, por que não há risco de as “medidas provisórias do Poder Judiciário” alterarem a atual situação do Congresso Nacional, em que mais de 80% dos projetos-de-lei em tramitação, incluindo aí as medidas provisórias, são oriundas do Poder Executivo. Com efeito. Na discussão da matéria, ficou bem clara a necessidade de serem examinadas as circunstâncias de cada caso como pressuposto para o exercício da função legislativa do STF, mesmo porque, via de regra, é legítima a postura do Congresso Nacional de não-legislar, já que isto faz parte do jogo político, especialmente “da técnica de compromissos dilatórios”, como sempre lembrado pela ex-Ministro Nelson Jobim. No caso de greve no serviço público, porém, mesmo sem nenhuma regulamentação, foi argumentado que se via e vivia inúmeras greves, por que não seria legítimo, destarte, a postura omissiva do Congresso, passados 17 anos da promulgação da Constituição (DEMO, 2007, p. 324).

Encontra-se na corrente *concretista individual* a garantia efetiva da ordem social, difusa e coletiva, possibilitando ao Poder Judiciário, na reformulação de suas atribuições de cunho meramente liberal, a adoção de uma posição ativa, cujo flagrante permissivo encontra-se no art. 5º, LXXI, da Constituição, tendente a realizar os direitos de conteúdo eminentemente prestacionais.

O Poder Judiciário se antes tinha uma função precipuamente de bloqueio, passa a ter uma função mais positiva, de auxílio na implementação de direitos que, apesar de expressamente estatuídos, não são plenamente exercitados. Um campo bastante propício para averiguação de tal fenômeno se dá no controle da omissão dos poderes constituídos. Havendo direitos que somente não são usufruídos pela inércia dos demais poderes, natural que a sociedade demande o Poder Judiciário para implementá-los. Desse modo, evidencia-se a necessidade da adoção de uma racionalidade um pouco diversa, não preocupada somente com a justiça formal ou comutativa, mas também com a justiça substantiva (BARACHO JÚNIOR; CARVALHO, 2007, p. 16).

O novo posicionamento da Corte Constitucional busca viabilizar prestações jurisdicionais substantivas – e tão somente –, ao passo que a corrente jurisprudencial até então defendida limitava-se a remover formalmente o obstáculo à realização do direito.

Sr. Presidente, a relação jurídico-processual, no presente caso, não está completa. A ação se dirige, exclusivamente, contra o Congresso Nacional, quando em verdade, a pretensão do impetrante está mais voltada para a consecução do seu direito, *in concreto*, do que para a elaboração da norma geral reguladora do aviso prévio proporcional. O que objetiva ele é receber a prestação com que a Constituição lhe acena e que não foi satisfeita pelo empregador, por ausência de norma regulamentadora. O mandato de injunção, ao meu ver, destina-se a suprir esta omissão, o que somente pode ser cumprido mediante a elaboração, pelo STF, de norma para o caso concreto que rege (voto do Ministro Ilmar Galvão no MI 369-6/DF, rel. Min. Néri da Silveira, rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek, j. 19.08.92, p. 41-42).

A sentença *concretista individual*, portanto, não se assemelha à legislação, pois não tem caráter ou natureza substitutiva da lei. “O magistrado, aqui, não ‘legisla’ mas decide, no exercício de sua competência jurisdicional¹⁶⁸ regularmente prevista na

¹⁶⁸ Acerca do caráter generalista da jurisdição presente no *mandamus* injuncional Roberto Rosas (*apud* GARCIA, 1993, p. 82) lembra que “após muita discussão entre os juristas assentou-se a jurisdição como atividade do estado para atuação de direito objetivo, mediante a aplicação da norma geral ao caso concreto e mediante a realização forçada da norma geral (Wach, Chiovenda, Betti, Raselli)”. No exercício regular dessa atividade será atribuída ao juiz a condição de criador do direito, ao elaborar a norma concreta de juízo ou jurisdição. Karl Engisch (*apud* GARCIA, 1993, p. 83) afirma que “quando o Direito excepcionalmente autoriza o juiz a assentar a decisão na sua própria apreciação dos interesses e, especialmente, nas delegações discricionárias, é que o juiz assume o papel de legislador”. A função jurisdicional não é meramente declaratória – *juris dictie* –, mas, antes, consubstancia função constitutiva, função de criação do Direito, no sentido autêntico da palavra. Daí falar que a sentença judicial é a norma jurídica individual (KELSEN, 2003, p. 260-276). Por derradeiro, arremata Otto Bachof

Constituição e julga fundado na lei – a Lei Fundamental, a própria Constituição e por determinação desta” (GARCIA, 1993, p. 82). Além disso, não é abstrata e universal.

Nessa ordem de considerações, o STF pode atuar em situações excepcionais como legislador positivo, sem que isso implique uma função legislativa substancialmente criativa *ex nihil*, pois que apenas extrai a “vontade hipotética da Constituição” ou a “solução constitucionalmente vinculante”, isto é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria (DEMO, 2007, p. 325).

No entanto, há casos em que a solução empreendida pela corrente *concretista individual* afigura-se insatisfatória, seja porque a regulamentação de determinado instituto pode demandar uma técnica legislativa específica – indisponível aos órgãos jurisdicionais –, seja por depender da disposição de recursos públicos inexistentes à época da regulamentação, tal como a organização de determinada atividade ou serviço público (SEHN, 2001, p. 252).

Isso abre precedentes à modulação dos efeitos do provimento jurisdicional na ação injuncional, proporcionando a ampliação do espectro de eficácia da decisão de injunção *post decusum*.

Ademais, afirma-se que o caráter constitutivo da sentença injuncional não obsta a criação da futura lei regulamentadora. Demonstra seu caráter *pro tempore*¹⁶⁹, alheio à pretensão de perenidade da legislação emanada do órgão originariamente competente.

[...] a Constituição fala em “falta de norma regulamentadora”, não excluída, portanto, a possibilidade de sua existência: daí porque não caber mencionar a sentença, na hipótese, “substitutiva da lei”. Esta não fica obstada de vir a ser elaborada e não é, portanto, “substituível” (GARCIA, 1993, p. 83)

Logo, a constitutividade *inter partes* e moderada, imanente ao provimento jurisdicional de injunção, não implica na usurpação¹⁷⁰ dos poderes legislativos do órgão competente para a regulamentação, ao passo que, oportunamente, poderá ele exercer suas

(*apud* GARCIA, 1993, p. 83) “tornou-se evidente que na verdade o juiz nunca correspondeu à concepção de Montesquieu de um mecanismo de pura subsunção – ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’ [...] Reconheceu-se que o juiz teve sempre, inclusive sob o império de um positivismo jurídico rígido, uma parte importante na criação do Direito; que não somente a lei, senão ‘Lei e Judicatura criam o Direito para o povo’ (Bülow)”.

¹⁶⁹ É de suma importância destacar o caráter subsidiário e provisório da regulamentação realizada pelo Poder Judiciário, já que a mesma será necessariamente substituída pela regulamentação estatuída pelo órgão moroso, assim que este cumprir seu dever. Desse modo, não há qualquer possibilidade do Poder Judiciário sobrepor-se aos demais poderes. Bastará ao órgão incumbido da atribuição de regulamentar o direito que embasou a impetração do MI cumprir seu dever, que se operará de imediato a substituição da regulamentação provisória realizada pelo Poder Judiciário pela regulamentação definitiva, levada a cabo pelo ente originariamente competente para tanto. Portanto, entende-se que se está conferindo ao Poder Judiciário uma atribuição perfeitamente suscetível de controle pelos demais poderes. Caso o órgão competente para a regulamentação sintasse indevidamente usurpado de uma função a ele atribuída, para vê-la resguardada bastará cumprir seu dever de regulamentar o direito constitucional cuja inefetividade motivou a impetração de MI. O que não parece razoável é que o Poder Judiciário furtasse de controlar a omissão inconstitucional dos demais poderes em regulamentar direitos previstos na Constituição, permitindo que seus titulares continuem a não poderem usufruí-los” (BARACHO JÚNIOR; CARVALHO, 2007, p. 15). Contudo, deve-se lembrar a incidência do princípio constitucional da segurança jurídica insculpido no art. 5º, inciso XXXVI, que preceitua que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assim, a norma jurídica regulamentadora vindoura observará o pressuposto constitucional caso venha a restringir o autor do mandado de injunção na sentença favorável que houvera conquistado previamente, albergada pelo manto da coisa julgada. Retroagindo naquilo que lhe for mais favorável: “se elastecente ou amplificadora, terá incidência imediata sobre o caso, aqui com base no princípio da isonomia, irradiado a partir do *caput* do mesmo art. 5º sobre todo o texto constitucional” (GARCIA, 1993, p. 84).

¹⁷⁰ A questão básica do Mandado de Injunção não se apresenta, ao nosso ver, na pretensa usurpação de função legislativa pelo Poder Judiciário, ou na caracterização que se pretende, da sentença ou decisão judicial como substitutiva da lei. Viu-se que estas colocações não procedem, efetivamente. Temos lei – a Lei Fundamental, aplicada ao caso concreto por vontade da Constituição, verificada a hipótese constitucional (GARCIA, 1993, p. 83).

atribuições suprimindo a lacuna legislativa inconstitucional então declarada pelo Judiciário. A decisão respeitará os princípios processuais gerais, toda a malha principiológica do direito constitucional, bem como o princípio da sistematicidade constitucional.

3.4.3 Corrente *concretista geral*¹⁷¹ e os limites ao *ativismo judicial* amplo

Antes de se adentrar na seara dos limites da constitutividade e da usurpação dos poderes legislativos far-se-á uma breve distinção entre *ativismo judicial extremado* e *ativismo judicial moderado*. O primeiro assenhoreia-se da democracia e do controle dos demais poderes, crendo, sob suas convicções moralizadoras, que pode legislar *erga omnes*. O segundo contém-se nas atribuições que lhe são peculiares, cujas quais já se incluem o poder de editar leis (*ativismo judicial*) para os casos concretos, como forma de resolução de conflitos.

Não há problema em se sustentar um contido ativismo judicial, entendido aqui como o poder do Judiciário emanar leis, seja *erga omnes*, seja *inter partes*. O problema se resumirá na amplitude desse ativismo atípico.

Não vejo por que razão se deveria excluir, *a priori*, que os próprios tribunais sejam, ou tenham a potencialidade de ser, os melhores legisladores possíveis na determinação e constante adaptação das regras técnicas do processo, regras com as quais, dia após dia, devem trabalhar. Resta, todavia, o fato de que os juízes, quando exercem tais poderes de regulação, agem como legisladores, e não como juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 80-81).

O caráter legislativo adviria justamente dessa ampliação em demasia dos efeitos da constitutividade. E quando assim procedesse, a Corte perderia a autonomia que lhe é imanente. Mesmo porque, em tese, esses órgãos jurisdicionais deveriam ser instituições apartadas, independentes dos demais poderes, que exerceriam da forma mais imparcial possível a aplicabilidade das normas constitucionais. Contudo, não é isso que se verifica na *práxis constitucional contemporânea*.

No Brasil, o problema evidenciado é o da confusão das atribuições do Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, e das que lhe foram conferidas por ser o mais alto tribunal do Poder Judiciário. A incapacidade de distinguir claramente essas funções impede-o de exercer muitas daquelas asseguradas às Cortes Constitucionais dos demais países, afetando a aplicação e interpretação dos princípios insculpidos na Constituição, *v.g.* limites da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF, e art. 6º, da LICC), da segurança jurídica, da dispositividade e dos outros princípios garantidores do processo constitucional.

Suas decisões tornam-se extremamente inseguras e, do ponto de vista técnico, casuísticas. Daí conceituar a ampliação da *constitutividade injuncional* em grau máximo como representação do fenômeno da *politização da justiça*: a Corte Constitucional torna-se

¹⁷¹ Também chamada *teoria da independência jurisdicional* por Rodrigo Reis Mazzei (2006, p. 148).

novo poder, acima do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. E, como lembra Cappelletti (1993, p. 90), esse processo de maximalização do *terceiro gigante* judiciário

não será e nunca deverá ser levado ao ponto de suprimir as profundas diferenças institucionais existentes entre os órgãos judiciários, de um lado, e os assim chamados ramos políticos de outro¹⁷².

Um indicativo desse fenômeno são as recentes reformas, em especial a Emenda Constitucional n. 45/04 e a Lei n. 11.418/06, que exaltaram as funções do STF enquanto guardião da Constituição, agravando os pressupostos recursais com vistas ao desafogamento da Corte.

Por isso afirma-se que a outorga à sentença injuncional de efeitos *erga omnes* deve ser considerada perigosa, alheia à capacidade das instituições políticas e jurídicas brasileiras.

Implantar uma efetiva *Jurisdição da Liberdade* no seio do constitucionalismo brasileiro seria colocar em xeque as primeiras conquistas da ciência constitucional moderna, vale dizer, a limitação do poder das instituições estatais em prol da garantia da liberdade dos cidadãos, vista sob um viés democrático.

Outrossim, a baixa efetividade da instrumentalização constitucional já existente no Brasil denuncia a arraigada cultura legalista do séc. XIX imanente à formação dos magistrados brasileiros, flagrantemente incompatível com os anseios da *justiça material* pregados por uma *Jurisdição de Equidade*, necessários para a adequada recepção de uma ampliação *erga omnes* dos efeitos da sentença de injunção.

A corrente *concretista geral*, terceiro dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, sustenta a tese de que o juiz deve elaborar a norma regulamentar faltante com eficácia para todas as situações idênticas, suprimindo *erga omnes* a omissão do legislador infraconstitucional.

Ferrenhamente combatida sob os argumentos de que muito embora pretendesse resguardar os princípios da igualdade e da tempestividade da tutela jurisdicional, a corrente limitaria perpetuamente a liberdade do legislador em dispor sobre a matéria regulamentada, bem como afetaria a legislação futura, ao passo que sentença de procedência com efeitos *erga omnes* produziria coisa julgada¹⁷³ para além dos limites da lide instaurada em juízo, o antigo acórdão prolatado no MI 20-4/DF, publicado em novembro de 1996, abraçava a tese *não concretista* da Suprema Corte. No julgamento do *mandamus* entenderam os Ministros do STF que o mandado de injunção não se prestaria à edição de norma concreta integradora, não obstante a lentidão legislativa, muito embora à época os Ministros Marco

¹⁷² Segundo Horowitz (*apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 90) “existe um limite às inovações que os tribunais podem absorver sem deixar de ser tribunais” advertindo que “o perigo é que os tribunais, desenvolvendo a sua capacidade de melhorar aquela que é a atividade própria a outras instituições, terminem por se tornar muito semelhantes a essas”.

¹⁷³ É a posição de Celso Ribeiro Bastos, *in* Curso de Direito Constitucional, p. 221; Solon Sehn, *in* Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas, p. 252; e do ex-Ministro Moreira Alves no acórdão de sua relatoria MI 107-3/DF.

Aurélio e Carlos Mario Velloso tivessem opinado pela aplicação da Lei n. 7.783/89, por analogia, integrando-se o preceito constitucional omissivo.¹⁷⁴

A revisão das correntes imperantes na Corte Constitucional culminou nos acórdãos prolatados nos MIs 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA, oportunidade em que o tribunal censurou o legislador ordinário pela inércia na regulamentação da norma constitucional prevista no inciso VII, do art. 37, da Constituição, bem como determinou que, enquanto não sanada a omissão, seriam aplicadas analogicamente as disposições cabíveis da Lei n. 7.783/89 (Lei Geral de Greve).

Passou-se do predomínio de uma corrente *concretista individual* à ascensão da corrente *concretista geral*, denunciando a quebra do paradigma constitucionalista moderno, que se vincula inexoravelmente ao liberalismo econômico.

Buscou-se nos julgados dar prevalência aos princípios orientadores da máxima efetividade das regras constitucionais de eficácia limitada, porque ausentes suas regulamentações ulteriores garantidoras da máxima eficácia jurídica.

A Suprema Corte pode, assim, integrar as lacunas jurídicas presentes no inciso VII do art. 37, justamente por tratar-se de inércia legislativa inconstitucional, adotando os mecanismos de integração normativa disciplinados no art. 4º da LICC, em especial da *analogia parcial*¹⁷⁵, naquilo que lhe foi compatível, salvaguardando a continuidade do serviço público.

O primeiro argumento ventilado para sustentar a ultra-normatividade do *ativismo judicial extremado* é a impossibilidade do STF julgar milhares de processos que objetivam assegurar o direito às partes. Levante-se, assim, a primazia do princípio da economia processual. Não seria conveniente para o STF que ele recebesse, processasse e julgasse inúmeras ações constitucionais tendentes a assegurar, para cada cidadão, o mesmo direito constitucional analisado diversas vezes. Vicente Greco Filho lembra que:

O MI quando a falta da norma regulamentadora for do Presidente da República, da Câmara, do Senado ou do Congresso, é de competência originária do STF. Ora, esse tribunal, com as funções de guardião da Constituição, não poderá,

¹⁷⁴ Quanto à posição majoritária esposada no MI 20-4/DF, v. o exposto no item 3.3.1. supra. Igualmente, cite-se os MI 689-0/PB, rel. Min. Eros Grau, j. 07.05.2006, e MI 485-4/MT, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25.04.2002, que mantiveram a tese do MI 20-4/DF, não concedendo o direito de greve aos servidores públicos e, da mesma forma, negando a aplicação analógica, via art. 4º da LICC, da Lei n. 7.783/89. Extrai-se da ementa do MI 485-4/MT: "[...] Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma regulamentadora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa".

¹⁷⁵ Diz-se *analogia parcial* porque a Suprema Corte não aplicou *in totum* as regras da Lei Geral de Greve à hipótese de greve no serviço público. Os acórdãos nos MIs 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA reconheceram a aplicabilidade das regras da Lei n. 7.783/89, com validade *erga omnes*, à greve no serviço público fixando os termos do usufruto do direito. Interesse perceber que na página 195 do acórdão prolatado no MI 670-9/ES, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, apresentou as diretrizes do usufruto do direito de greve em forma de artigos, como se legislação fosse: "Então, mais confortado, presente a nova óptica do Supremo – e sempre é tempo de abandonar o misonismo, a aversão a tudo que é novo, e de evoluir acompanhando a sempre ilustrada maioria já formada –, fixo as seguintes condições, temporárias e considerados os envolvidos nos mandados de injunção, para o exercício do direito constitucional de greve: Art. 1º É assegurado o direito de greve aos servidores públicos policiais civis do Estado do Espírito Santo, competindo-lhes decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Art. 2º Considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária, pacífica e parcial de prestação pessoal de serviços ao Estado do Espírito Santo. Art. 3º Caberá [...]".

individualmente a cada brasileiro, atribuir direitos trabalhistas, sociais, ou mesmos os ligados à cidadania. Seria inviável pensar-se em milhões de mandados de injunção perante o STF, um para cada cidadão. Sua função, portanto, deverá ser genérica, de modo a atingir todos aqueles que estejam na situação trazida ao conhecimento pelo primeiro, e que deverá ser o único, MI sobre o tema (*apud* BARACHO JÚNIOR; CARVALHO, 2007, p. 12).

No debate entre os Ministros Moreira Alves e Carlos Mário Velloso, no MI 235-5/RJ, aquele afirmou textualmente:

Com essa interpretação poderíamos ter de julgar a ações individuais, por exemplo, de milhares de funcionários do Banco do Brasil. V. Exa. Acredita que os constituintes quiseram inviabilizar o STF, criando uma ação que o tornaria o foro originário de milhares de ações constitutivas? (MI 235-5/RJ, rel. Min. Moreira Alves 20.07.90, p. 6)

Retrucando, o Ministro Carlos Mário Velloso manifestou-se da seguinte forma:

Ministro, se esses 120 mil funcionários vêm em litisconsórcio ativo, uma única decisão pode ser proferida, quer dizer, esse é um argumento *ad terrorem* que pode ser afastado com facilidade e não me intimidaria, *data venia*; se viesse um único piloto, para posteriormente, os outros o acompanharem, aquela primeira decisão serviria de precedente para as demais (MI 235-5/RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 20.07.90, p. 6).¹⁷⁶

Os partidários da corrente concretista geral obstinam-se na arguição de que muito embora possam se formar litisconsórcios passivos no mandado de injunção, isso não afastaria o risco de o Supremo Tribunal Federal ter de julgar milhares de ações semelhantes, que versem sobre o mesmo dispositivo constitucional obstado. Desta forma, a guarda da Constituição, função primeira da Suprema Corte, estaria em xeque, podendo ser inviabilizada caso muitas ações lhe fossem dirigidas (BARACHO JÚNIOR; CARVALHO, 2007, p. 12)

Trata-se, evidentemente, de falácia de redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*). Perante quem argumenta desta forma (se se aceita X, então deve também aceitar-se Y, mas Y é absurdo, portanto X deve ser rejeitado) cabe, às vezes, opor o argumento de que existe uma forma alternativa de entender X (X' que não leva à Y). Repudia-se a alternatividade da solução justamente porque os partidários da tese contramajoritária tem por escopo encobrir o controle corporativista sob órgãos de cúpula dos Poderes, prejudicando ainda mais o déficit de representatividade pátrio.

A outra solução entabulada é a possibilidade de se aumentar o número de Ministros e ampliar o corpo físico e institucional da Suprema Corte, resolvendo de maneira correta o *congestionamento processual* do STF.

O segundo argumento centraliza-se na fortificação do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, como instância mais alta de solução dos problemas jurídicos e políticos da sociedade, ponte necessária para a eficaz garantia dos *direitos fundamentais de segunda geração*.

¹⁷⁶ Na ocasião, o Ministro Moreira Alves respondeu: "V. Exa. parte do pressuposto de que, aí, haveria litisconsorte passivo necessário, justamente para haver a reunião de ações, mas acontece que esse litisconsórcio seria simplesmente facultativo", pelo que o Ministro Carlos Velloso arrematou: "Ministro, não me aprofundo nessas questões, nessas filigranas processuais, mesmo porque não sou professor de processo, confesso. Agora, acho que temos que interpretar o processo, as leis de processo no rumo da Constituição, não a Constituição no rumo dos princípios e das regras de processo" (MI 235-5/RJ, p. 7).

O argumento coloca-se como contra-reação à acentuada crença da sociedade de que o Judiciário pode resolver o problema da “falta de direitos”. O Judiciário toma a figura de pai de uma sociedade infantilizada¹⁷⁷ pela inexistência de um senso constitucional; por um senso de providencialidade¹⁷⁸, vale dizer, a necessidade de que um terceiro, dotado de poderes quase que divinos, possa resolver os litígios terrenos do povo.

A pergunta a ser feita é, portanto, a seguinte: não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído? (MAUS, 2000, p. 187).

O Poder Judiciário torna-se o superego da sociedade, a força moralizadora das decisões sociais¹⁷⁹, encobertas por mecanismos de interpretação constitucional e por um decisionismo judicial, em tese, imparcial. A moralização do direito, com a introdução de fatores políticos sobrepostos aos jurídicos nas decisões da Suprema Corte, permite a ruptura dos padrões legalistas e dos limites da jurisdição. “Essa inversão das expectativas de direito não ocorre somente por meio da usurpação dos tribunais, mas também mediante a própria estrutura legal” (MAUS, 2000, p. 190).

“A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa. O infantilismo da crença na justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte (MAUS, 2000, p. 190).

A competência para a Suprema Corte sustentar seu poder legiferante positivo e extraordinário se alicerça, portanto, justamente nessa premissa de guarda dos direitos constitucionais. É derivada diretamente dos direitos suprapositivos “que o tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer ‘competência’ constitucional” (MAUS, 2000, p. 191).

O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados enquanto se liberta ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais. “*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos

¹⁷⁷ Sociedade órfã e infantil porque lhe é tolhido o espaço de decisão político-democrática. A tentativa de minimizar a infantilidade social e o déficit de representatividade se expressa pela abertura da Corte Constitucional para instrumentos jurídicos de intervenção social tal qual o *amicus curiae*.

¹⁷⁸ O que sustenta o adágio popular: “apelar aos céus, quando não há apelação na terra”. O fato é que o céus estariam muito menos próximos do que se imagina.

¹⁷⁹ Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (“*community morality*”) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo esse modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeito. Ela dispõe sempre de um conceito de direito que é produto da extensão de suas ponderações morais. Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (MAUS, 2000, p. 186-187).

cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição¹⁸⁰ (MAUS, 2000, p. 190).

A jurisdição constitucional, ostentando um ativismo *erga omnes*, torna-se imprecisa e insegura. Com a declaração de seu poder normativo, “transformou em fetiche sua independência mediante exigências políticas corporativistas, ao mesmo tempo que, ao negar fundamentalmente sua ‘vinculação à legalidade’, exigiu independência do recém-democratizado Poder Legislativo” (MAUS, 2000, p. 194).

Em outras palavras, “transmudou-se esta em absolutismo – exatamente no momento histórico em que a Justiça decidia não mais em ‘nome do rei’, mas sim ‘em nome do povo’” (MAUS, 2000, p. 195).

Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a “produto e meio técnico de um compromisso de interesses” –, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova “divindade”: a do direito supra-positiva e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social (MAUS, 2000, p. 196).

Conquanto esboce ares de progresso na seara constitucional, a ampliação *erga omnes* da *constitutividade* da sentença injuncional é prejudicial para a democracia brasileira. A ampliação do espectro de eficácia da decisão, dilatando os efeitos da sentença de procedência do mandado de injunção para todos os jurisdicionados, é fruto dessa doutrina erigida na Alemanha nazista, como forma de transcender a lei e operar o sistema de valores unitários do nacional-socialismo¹⁸¹.

Essa idéia leva à compreensão de uma jurisdição constitucional ampliada – verdadeira *Jurisdição da Liberdade*, na acepção de Cappelletti – que, sob o viés garantista, objetivaria impor, ao Poder Público, a observância de todos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionalmente assegurados.

Sob o discurso do exercício das atribuições de guarda e zelo da Constituição, bem como da garantia dos fins e objetivos da proposta constitucional consubstanciados na máxima efetividade das normas constitucionais, as Cortes Constitucionais têm ampliado suas atribuições – legitimando uma normatividade abstrata e universalizante das suas decisões, muito embora destituídas de qualquer representatividade popular –, imiscuindo-se em assuntos políticos, de modo a exercerem certas funções que não lhes são típicas.

A jurisdição, assim entendida, transcenderia e muito o limite da separação dos poderes, concebida não a partir do modelo de Montesquieu, mas como sistema de *checks and balances* do direito norte-americano. A Corte Constitucional avançaria sobre um campo

¹⁸⁰ Constituição entendida não como documento da institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, mas como texto do qual os sábios (ministros da Suprema Corte), tal como a Bíblia e o Corão, deduzem diretamente os valores e comportamentos corretos. “O TFC, em muitos de seus votos de maioria pratica uma verdadeira ‘teologia constitucional’” (MAUS, 2000, p. 192).

¹⁸¹ O antipositivismo e o antiformalismo primários sustentados pela doutrina nazista desvincularam o juiz-rei do povo de Adolf Hitler da escravidão da literalidade do direito positivo e das muletas da lei (MAUS, 2000, p. 197).

não jurisdicional até que encontrasse a resistência dos demais corpos políticos e dos fatores reais de poder, principalmente dos fatores econômicos.

Efetivamente a manutenção de um controle de constitucionalidade que busque, por meio de uma jurisdição que escamoteia decisões valorativas e políticas, a solução de um problema de legitimidade política e democrática não é o melhor dos caminhos a ser percorrido. A questão é política e não jurídica. A juridicização da política não importa na politização da justiça, frise-se: não coisas diferentes.

Há outros argumentos para obstar a ampliação da *constitutividade*, definindo adequadamente o grau de eficácia da sentença injuncional, chamados por Cappelletti (1993, p. 86) de “debilidades” ou “vícios” do ativismo judicial.

Em primeiro lugar a decisão da Corte Constitucional liga-se invariavelmente ao caso concreto. Dela retira seu fundamento; é da pluralidade das situações concretas que provém sua flexibilidade e adequação, afim a normatização espelha-se nas provas colhidas e analisadas no litígio (CAPPELLETTI, 1993, p. 83-84).

Num segundo momento, a sentença da Corte Constitucional não operaria efeitos *erga omnes* porque sustentaria certa maleabilidade temporal: poderia operar efeitos tanto para o passado (*ex tunc*), quando para o futuro (*ex nunc*). Assim, as situações jurídicas já perfectibilizadas poderiam ser atingidas pela prolação futura de uma sentença válida para todos (CAPPELLETTI, 1993, p. 85-86).

Igualmente, a magistratura seria incompetente institucionalmente para agir como força criadora do direito. O juiz, segundo essa opinião,

“seria um caprichoso criador do direito, pessimamente equipado para a tarefa. Seria ele, enfim, na sarcástica definição de Lord Devlin, ‘um legislador aleijado’ [...] já que não faltaram casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de conhecimento, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para as funções de razoável criatividade judiciária” (CAPPELLETTI, 1993, p. 86-88).

A criação do direito demandaria instrumentos¹⁸² que não estão a disposição dos tribunais; que ultrapassam o simples conhecimento do direito existente. Eles não são partidários de nenhuma causa; devem seguir um princípio de imparcialidade, de modo a não favorecer parte alguma.

Num quarto momento, conquanto os requisitos para a prolação de sentenças *erga omnes* não encontrariam qualquer óbice legal, vincular-se-iam às restrições do caso concreto¹⁸³ porque caracterizam questões de subjetividade, temporalidade e espacialidade,

¹⁸² Segundo Donald L. Horowitz, citado por Mauro Cappelletti (1993, p. 87): “Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõe sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais os parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, freqüentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos”.

¹⁸³ A sentença criativa não seria nada além do que uma busca do repúdio da subjetividade do magistrado, imanente à alma humana, pinçada pelos valores pessoais que lhe são estimados, filtrados por princípios de interpretação constitucional. A partir disso, serão elencados os valores coletivos e sociais mais próximos da coletividade atingida pela sentença criativa, alcançando

em especial, questões correlatas ao grau de cognição (parcial e exauriente) da sentença criativa. “Não se trata de uma questão de impessoalidade, nunca alcançável, mas de uma questão de objetividade relativa, ou seja, de conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade” (CAPPELLETTI, 1993, p. 103).

Uma das maiores, senão “fatal”, limitação ao poder amplo de criatividade jurisprudencial é seu forte caráter não-majoritário e, portanto, antidemocrático. Os poderes políticos revelariam flagrante dose de incompetência institucional, parecendo lícito que nessas áreas os juízes estariam mais vinculados ao pretense discurso da demagogia eleitoral de caça aos votos, do que às prioridades mais específicas e concretas impostas pelos fatores reais de poder. Tanto mais são os juízes independentes, tanto menos obrigados a “prestar contas” das suas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes. Antecipa-se o consenso da comunidade, sob o argumento de que o Judiciário a representaria de maneira correta.

“É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário (LORD DEVLIN *apud* CAPPELLETTI, 1993, p. 93).

Isso porque, na visão de Cappelletti (1993, p. 88-91) as Cortes Constitucionais teriam poucos instrumentos para assegurar a efetividade da execução das medidas políticas por elas determinadas, amenizado pela garantia da informação das decisões do judiciário e de participação popular, “a exemplo do *‘amicus curiae brief’* e outras formas análogas – e o emprego de expertos como membros ‘laicos’ de órgãos judicantes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 89) como propõe Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 461-483).

“Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, – ou, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa –, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade” (CAPPELLETTI, 1993, p. 86-88).

O ativismo como fator benéfico e legítimo à sociedade só seria possível quando sua decisão fosse prolatada por um órgão relativamente independente e imparcial (requisito do isolamento) e, também, quando prolatada como solução a um caso concreto, “no sentido de que, de modo diverso do legislador e do administrador, o juiz deve agir apenas a pedido das partes (“concretude”). As pretensões parciais vinculadas ao caso concreto não satisfariam abstratamente o direito da coletividade, mesmo porque a produção judiciária retira sua legitimidade democrática de sua proximidade com a realidade e da valoração das

a objetividade relativa determinável por sua conexão com a história, evoluções, necessidades, tendências e ideais da sociedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 102-104).

provas e contraprovas sopesadas (*trial and error*). As sentenças criativas tratam com a realidade viva de controvérsias concretas.

“Ela permite aos tribunais a possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento” (CAPPELLETTI, 1993, p. 104).

Os tribunais descobrem caso a caso os princípios objetivos e duradouros válidos à solução da lide. Aceitar a constitutividade *erga omnes* seria aceitar a coisa julgada material para todos que obstaria a propositura de novas ações individuais.

Nesse sentido, não raro os posicionamentos doutrinários e as inovações jurisprudenciais sustentados por seus criadores tornam-se instrumentos para a legitimação de ulteriores doutrinas abalizadoras de toda ordem de manipulações, *v.g.* o “Inverno Europeu”¹⁸⁴, o que não é novidade na seara do Poder Judiciário, poder tão suscetível à manipulações políticas quanto os demais. De bom alvitre é o comentário de Thomas Jefferson acerca do julgamento, pelo Ministro J. Marshall, do caso *Marbury vs. Madison*, precedente que abriu as portas para a criação do modelo dos freios e contrapesos (*check and balances*):

Com *Marbury* ficou firmada, para sempre, a atribuição de o Poder Judiciário confrontar atos dos dois poderes em face da Constituição. Jefferson nunca concordou com o poder dos juízes, sobretudo de juízes federalistas... Alegava que a “Constituição (...) era um mero objeto de cera nas mãos do judiciário, que eles (os juízes) podiam torcer e modelar do jeito que lhes aprouvesse”. Os juízes eram “parciais, vingativos e cruéis... os quais obedeciam ao Presidente ao invés da lei”. Jefferson não deixava de ter razão. Muitos dos juízes federalistas, que eram vitalícios e escolhidos pelo presidente da República, utilizavam-se do cargo para sectarismo político (MACIEL, 2007, p. 45).

Por isso sustenta-se, com subsídio na doutrina de Cappelletti, que quando colocadas em perigo pela magistratura criativa as características básicas da democracia, dentre as quais se inclui a estrutura processual-estrutural da sociedade, “deveria o bom juiz, sem qualquer hesitação, negar-se à audácia ativista. Mas esse imperativo pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (*‘restraint’*) ou cautela conservadora dos juízes” (CAPPELLETTI, 1993, p. 92), com o que se deveria buscar um meio termo: a *constitutividade inter partes*.

Acredita-se que somente com a evolução gradual da cultura constitucionalista brasileira – hodiernamente, em crise – e com a infusão de valores equânimes na formação dos *operadores jurídicos*¹⁸⁵, fortificando as bases da sociedade, pode-se conceber uma ampliação *erga omnes* do espectro de *constitutividade* da sentença injuncional e uma justa *judicialização da política*. Isso porque, a política busca se judicializar para garantir a justiça substancial e material, e não somente um moralismo político em evidente depreciação.

¹⁸⁴ Cf. Capítulo 1 desta monografia.

¹⁸⁵ Em tais circunstâncias, há grande conveniência e necessidade de dinamismo judiciário. De outra parte, a ocasião não basta para provocar a resposta dos juízes. Ela dependerá, também, da capacidade de visão das profissões jurídicas – juízes, advogados, docentes e também comentadores, críticos e publicistas (CAPPELLETTI, 1993, p. 113).

Deve-se, primeiro, evoluir as instituições jurídicas brasileiras, com a profusão de empreendimentos acadêmicos voltados ao resgate dos valores constitucionalistas, valores esses comprometidos com um *legalismo moderado*, em prol da difusão de uma justiça eficaz, comprometida – na conceituação barrosiana – com a máxima efetividade das normas constitucionais, proporcionando o surgimento de um *constitucionalismo moralmente reflexivo*, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho.

Somente com a manutenção de instituições políticas fortes capazes de impor a tomada de determinadas decisões por parte dos três Poderes, especialmente pela introdução de mecanismos de maior participação popular no controle de constitucionalidade, a exemplo do citado *amicus curie*, poder-se-á alargar a competência jurisdicional dos Tribunais, verdadeiro fenômeno de valorização da ciência constitucional, enquanto diretriz interpretativa e orientadora do ordenamento jurídico, e não “a clava forte” erguida em resposta aos estímulos da sociedade face à falência da democracia, das instituições do Estado de Direito, das propostas do *super-discurso social*, enfim, ao desfalecimento das propostas modernistas resgatadas pelo *dirigismo constitucional*, morto pela lança da hipervalorização de um *directivismo constitucional*.

Afinal, o Poder Judiciário não deve preencher o vácuo político gerado pelas crises contemporâneas – da *representatividade*, do *discurso democrático*, da *eficácia das normas constitucionais* –, ainda que transitoriamente. Deve, antes, restringir-se aos limites de suas atribuições jurisdicionais – aos limites da lide –, que permite apenas a *constitutividade inter partes* da sentença prolatada no mandado de injunção.

3.4.4 A proposta de Barroso e a amplitude da jurisdição

Barroso sustenta sua tese no malogro dos objetivos principais do instituto da injunção, isto é, no fato de que a maior parte dos direitos constitucionais carentes de regulamentação não foram implementados. Distanciando-se das duas teses¹⁸⁶ predominantes no cenário da omissão legislativa, o autor sustenta a hipótese de que o magistrado competente para o processamento e o julgamento de qualquer ação constitutiva ou condenatória, fundamentando-se no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais¹⁸⁷, concretizaria a norma jurídica faltante que obstasse a fruição dos direitos aplicando o art. 4º, da LICC, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Não se justifica, a propósito, o temor, freqüentemente verbalizado, de que a adoção de uma posição como a da presente proposta – ou mesmo a versão mais efetiva do mandado de injunção, defendida pela maior parte da doutrina – importaria no

¹⁸⁶ A linha do STF é a de não assumir uma competência de cunho normativo, mesmo que transitória ou limitada ao caso concreto. De outra parte, a doutrina majoritária professa um entendimento que permite a solução do caso concreto, sanando-se a omissão (BARROSO, 2001a, 268).

¹⁸⁷ O fundamento da presente proposta é o seguinte: toda norma constitucional é dotada de *eficácia jurídica* e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua máxima *efetividade* (BARROSO, 2001a, p. 268).

exercício excessivo de competências normativas pelo Poder Judiciário. Não há hipótese de isto acontecer. Confirme-se (BARROSO, 2001a, 268).

A teoria baseia-se na classificação tipológica do autor. O fato de que somente as normas *definidoras de direitos*¹⁸⁸, cuja eficácia e efetividade estejam condicionadas à edição de uma norma infraconstitucional, dão azo à impetração do mandado de injunção levou Barroso (2001a, p. 270) a propor a extinção instrumento constitucional de tutela, certo de que o mandado de injunção “*tornou-se uma complexidade desnecessária*”. Mais simples, rápida e prática seria a utilização da integração caso a caso, a ser perpetrada pelo juiz natural da demanda, munido do permissivo legal de concretização do art. 4º, da LICC.

Ademais, a previsão da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (expressa no art. 5º, §1º, da CF) viabiliza a utilização do referido instrumento de concretização normativa (BARROSO, 2001a, p. 144-145).

Barroso escamoteia o problema atribuindo às normas *definidoras de direitos* a tarefa de *predominantemente* os prever e, assim o fazendo, legitimar ações judiciais condenatórias de obrigação de fazer, conversível em perdas e danos.¹⁸⁹ Isso porque os *direitos fundamentais* são imediatamente aplicáveis e vinculam direta e ativamente o legislador, é dizer, sua futura regulamentação não se insere na esfera da discricionariedade legislativa: deve o comando ser efetivamente concretizado, sob pena de responsabilidade do Estado.

No tocante à legitimidade desta atuação criativa do poder Judiciário, inexistente qualquer razão para infirmá-la. Já deixamos consignado que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. A falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eleitorais, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado [...]. É possível concluir, ante o exposto, que ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação (BARROSO, 2001a, p. 169-170).

Baluartes da teoria barrosiana é a reformulação do §1º do art. 5º, via emenda constitucional¹⁹⁰, viabilizando o suprimento da lacuna pelo magistrado e selando eternamente a discussão acerca da amplitude e efeitos do mandado de injunção:

¹⁸⁸ As normas constitucionais *de organização* não comportariam a impetração da ordem de injunção porque de eficácia plena e detentoras de ordens objetivas endereçadas aos órgãos públicos, dificilmente poderiam gerar qualquer pretensão individual fundada em omissões normativas. As normas *programáticas*, ainda na classificação de Barroso, não comportariam o *writ* injuncional porque indicariam fins a serem seguidos pelos órgãos públicos, sem especificar a conduta a ser adotada, isto é, não ensejam a exigibilidade de qualquer conduta positiva. Lembra o autor: “O máximo de eficácia e efetividade que se pode extrair de uma norma programática é a exigibilidade de conduta *negativa*, de abstenções. Pode-se, por exemplo, pretender a invalidação de atos emanados do poder público que embaraçam a pesquisa ou que dificultem (em lugar de fomentar) práticas desportivas. Não muda o caráter programático da norma o fato de ela fazer menção a *direito*, se a estrutura do dispositivo claramente revela não ser esta a hipótese, como, v. g., ocorre com o art. 215, *caput*. Normas programáticas, portanto, não ensejam a impetração de mandado de injunção” (BARROSO, 2001a, 269).

¹⁸⁹ É o caso do art. 205, *caput*, c/c art. 208, I, da CF, que prevêem que “a educação, direito de todos e dever do Estado...” será efetivada “mediante a garantia de ensino fundamental, obrigatório e gratuito...”. Caso ausente a prestação dos serviços educacionais mínimos, cabe ao particular aforar ação condenatória em face do Estado objetivando o usufruto do direito constitucionalmente previsto.

¹⁹⁰ Na proposta de emenda constitucional publicada no livro *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, Luís Roberto Barroso (2001a, p. 270) inclui no art. 2º do referido projeto a seguinte revogação expressa: “Art. 2º. Fica revogado o

§1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito (BARROSO, 2001a, p. 270).

A solução possui dois claros problemas. Primeiramente, imprime o aumento de um ativismo judicial, ainda que a complementação da norma omissa esteja incluída no bojo da atuação jurisdicional *ampliada*, em prol da harmonização dos poderes, aplicando-se o princípio da separação dos poderes nos moldes da teoria norte-americana (*checks and balances*).

Contudo, a tomada de posições positivas pelos julgadores de qualquer esfera do Poder Judiciário é de difícil aceitação, em grande parte pelos reticentes magistrados arraigados pelo mesmo *legalismo normativista* já mencionado.

Trata-se de mudança cultural dos operadores jurídicos, dificilmente assimilada pela simples positivação do instrumento proposto por Barroso no corpo do texto constitucional. Há que se criar mecanismos para sua implementação, sob pena de tornar-se letra morta.

Assim, estar-se-ia expurgando do cenário jurisdicional instrumento constitucional ativo para a integração dos direitos não regulamentados, potencializando, para tanto, as atribuições dos magistrados.

Subseqüentemente, embora o juiz natural esteja mais perto do caso concreto podendo melhor integrar a norma faltante em busca da efetiva justiça, sob critérios de proporcionalidade e razoabilidade, a dispersão das integrações normativas das omissões inconstitucionais levaria irremediavelmente à pluralidade e contrariedade de decisões semelhantes e, por conseguinte, à insegurança jurídica. Obviamente o intuito do legislador ao incluir na Constituição instrumento de tutela jurisdicional da inércia legislativa concentrada nos Tribunais, competência a depender do órgão omissor ou da matéria a ser legislada, buscou extirpar o problema gerado pela proposta de Barroso.

Todavia, há que se fazer uma ressalva. Não se busca neste trabalho, mitigar o esforço do constitucionalismo brasileiro. Quer-se, igualmente, aliá-la à revalorização do instrumento do mandado de injunção, em prol da máxima efetividade das normas constitucionais, mormente dos direitos fundamentais de eficácia limitada porque carentes de regulamentação ulterior, sob o corolário do princípio da *vedação do retrocesso*.

3.4.5 A proposta de Solon Sehn e a aplicação analógica do art. 64 da CF

Elaborando uma solução inusitada que une a aplicação dos mecanismos de integração jurisdicional dispostos na norma da Lei de Introdução do Código Civil à

inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, g, e II, a; art. 105, I, h; art. 121, §4º, Vº.

interpretação sistemática da Constituição, preservando-lhe sua unicidade e força normativa, Solon Sehn propõe a aplicação subsidiária dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal, objetivando minimizar os problemas da anacrônica interpretação do princípio da separação dos poderes e da vedação do Poder Judiciário em expedir mandamento que condicione o órgão legiferante à edição da norma regulamentar faltante.

Como em última análise, esse remédio constitucional insere-se dentro do tema da repartição dos poderes, uma das soluções possíveis, ao lado da colmatação direta pelo Judiciário, poderia ser a aplicação analógica dos parágrafos do art. 64 da CF [...] Um dos principais problemas enfrentados pelo mandado de injunção está justamente na ausência de um mecanismo eficaz na coerção do Poder Legislativo e, ao mesmo tempo, legítimo em face do princípio da separação dos poderes. Daí a total aplicabilidade da regra contida nos §§ 2º e 4º do art. 64, que nada mais é do que uma forma de coerção do Poder Legislativo acionada mediante manifestação de vontade de outro Poder, perfeitamente compatível com o sistema dos freios e contrapesos do princípio da separação dos poderes (SEHN, 2001, p. 254).

O indigitado dispositivo constitucional, visando à garantia da efetividade do pedido de urgência, solicitado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, na votação de projetos de iniciativa deste, prevê uma forma razoável de elidir a inércia do Poder Legislativo.

Se, diante do referido pedido, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem em até 45 dias, sucessivamente, o Projeto será incluído na ordem do dia, sobrestando as deliberações acerca de outros assuntos até que se ultime a votação (SEHN, 2001, p. 254).

Desta forma, existindo projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, a Suprema Corte determinaria sua apreciação no regime de urgência do projeto de lei existente, nos termos dos parágrafos do art. 64 da Constituição Federal, não se restringindo apenas à comunicação da omissão legislativa, sob pena de transcorrido o prazo *in albis* e permanecendo a omissão, sobrestar a deliberação acerca dos demais assuntos até o final da votação. Todavia, o autor ressalva a oponibilidade do mecanismo de vinculação do legislador à promessa constitucional.

Aplicação dessa proposta estaria condicionada [...] a existência de um projeto de lei em tramitação [...] e a impossibilidade de colmatação direta pelo próprio judiciário, mediante o emprego da analogia, dos princípios gerais e da interpretação conforme a Constituição. (SEHN, 2001, p. 254).

Na práxis política, essa iniciativa seria de pouca valia, porque, na realidade, o Congresso já está atravancado de projetos de lei em regime de urgência e medidas provisórias que trancam sua pauta. Coagi-lo sob pena de trancar-lhe a pauta caso não edite as normas regulamentadoras do direito constitucional seria medida de todo inócua.

CONCLUSÃO

Durante todo o embate doutrinário efetuado nesse trabalho, buscamos delimitar a natureza e os efeitos da sentença jurisdicional no *mandamus*. A partir de sua conceituação e estudo, traçamos a amplitude e a efetiva correlação dos efeitos declaratórios, mandamentais e constitutivos do mandado de injunção, identificando-lhes o objeto e o alcance, certos de que para fazê-lo necessitaríamos de uma breve revisão de conceitos consagrados pelas diversas *teorias constitucionais* criadas ao longo da história.

Nesse cenário histórico, situamos a teoria dos direitos fundamentais enquanto expressão à limitação dos poderes do Estado que sustenta uma teoria tipológica das normas constitucionais, umas altamente graduadas, outras ainda incubadas à espera de sua *maioridade eficaz*.

Evidenciamos, também, o problema da omissão legislativa e da mora inconstitucional, descortinado pela valorização do modelo da *Constituição dirigente*, marco teórico do início do processo de *constitucionalização do direito*, cujo expoente máximo se encontra na teoria do *constitucionalismo neo-positivista*.

Ao analisarmos cada um dos elementos do instituto pudemos verificar que ele se afigura instrumento de controle de constitucionalidade de matiz peculiar, nunca antes vista em qualquer ordenamento jurídico. Isso porque o *mandamus* ostenta nuances abstrativistas e concretistas.

Ficou evidente, ao longo da explanação, a existência de duas dimensões imanentes à tutela injuncional em sede de controle de constitucionalidade de leis: (a) dimensão de aplicabilidade do instituto, que apresenta carga declaratória e constitutiva; e (b) dimensão de coerção, que guarda densa carga de mandamentalidade podendo, ainda, apresentar carga condenatória excepcional.

A *declaratividade* seria pronunciada com o objetivo de viabilizar a impetração do *mandamus* reconhecendo a ausência da regulamentação, declarando a existência da lacuna e da mora em editá-la, vinculando assim o legislador à obrigação de fazê-la, de onde exsurge a *mandamentalidade*, ordem necessária para a garantia da aplicabilidade da medida em toda sua pujança. Ela é a expressão da potencialidade do exercício ampliado da jurisdição constitucional, ou melhor, é a constrição política e moral do dever de regulamentar a norma faltante para conferir unidade à constituição.

A *constitutividade* é o atributo imanente à injunção, ao passo que injungir não seria nada mais do que dar ordem à implementação. Concreção que se instrumentalizaria no mundo jurídico a partir do comando legal insculpido no art. 4º e 5º da LICC, cujo espectro de eficácia limitar-se-ia ao caso concreto.

Os quatorze silogismos dialéticos a seguir expostos carregam em seu bojo a resolução das hipóteses secundárias do estudo, cuja união nos permite chegar à conclusão de que a *constitutividade* do mandado de injunção restringe-se apenas às partes em litígio ou, ainda, aos substituídos processuais ou detentores do direito *difuso* ou *coletivo* levado à discussão judicial.

(1) A injunção é o método de implementação de direitos constitucionalmente obstados pela falta de regulamentação ulterior, é o meio pelo qual se garante a completude do direito subjetivo obstado;

(2) *Injungir* busca *implementar*, cujo significado aproxima-se do termo *constituição*. Aquela carrega consigo carga *mandamental* – que, por sua vez, possui intrinsecamente cargas *declaratória*, *constitutiva* e *condenatória* –, esta possui predominantemente carga *constitutiva* que orientará o instrumento constitucional, ao passo que busca justamente a implementação;

(3) A fusão dos posicionamentos de Luís Roberto Barroso e de José Afonso da Silva, disciplinados no segundo capítulo, levou-nos à compreensão de que o mandado de injunção não era apenas um instrumento limitado à salvaguarda dos direitos de eficácia limitada ou das normas *definidoras de direitos*, mas um mecanismo de amplo espectro de abrangência, que garante o usufruto dos direitos constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ainda que as últimas não estejam compreendidas em normas constitucionais. Em suma, são os requisitos de previsão constitucional de um direito, liberdade ou prerrogativa, com suas especificidades, e da ausência de regulamentação ulterior do direito, que viabilizarão o manuseio do *mandamus*, independentemente do tipo da norma, mesmo porque a classificação das normas em grupos determinados leva em conta o predomínio de suas características comuns e não a exclusão das demais;

(4) A abrangência ampliativa do instituto de injunção fundamenta-se no princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que foi estudado no segundo capítulo, bem como aos imperativos teórico-constitucionalistas, isto é, a necessidade de garantir a efetividade das propostas sócio-democráticas, entabuladas pelo povo no início da *modernidade constitucional*, que culminaram na promulgação das Constituições Sociais de Weimar, em 1919, e do Brasil, em 1934, muito embora tenham malogrado, justamente pela inefetividade de suas normas e da ausência da vinculatividade de suas propostas programáticas modeladas sob o modelo do *dirigismo constitucional*;

(5) O mandado de injunção, instrumento de fiscalização e concretização das normas constitucionais, busca a garantia da aplicabilidade dos direitos e do gozo dos seus “bônus jurídicos” pelo beneficiário da norma. De origem eminentemente nacional – e não outra –, tutela a *subjetividade* de direitos *in concreto*, e não a *universalidade* de sua

aplicabilidade in abstracto. Por isso, pôde-se concluir que o mandado de injunção não se confunde com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, muito menos é seu sucedâneo, inserindo-se no campo do controle de constitucionalidade *difuso*, mas que só almeja a arguição da mora inconstitucional, incidentalmente, como requisito para o exercício do direito de ação injuncional;

(6) O mandado de injunção possui legitimação ampla para sua propositura, podendo, ainda, ser impetrado coletivamente, em *litisconsórcio ativo*, o que possibilitaria a ampliação do seu efeito *constitutivo*, mas não além dos limites da lide, já que assim o fazendo, estar-se-ia ferindo princípios como o da segurança jurídica, da dispositividade, da coisa julgada, da vedação do retrocesso, da interpretação sistemática da constituição (unidade do ordenamento jurídico);

(7) O problema da demanda reprimida e do congestionamento das ações constitucionais no Supremo Tribunal Federal poderia ser resolvido com a ampliação do número de Ministros e do espaço físico e institucional do tribunal;

(8) A pretensão de ampliação da constitutividade se sustentaria na providencialidade (distanciamento dos juízes do povo) e na infantilidade da sociedade moderna, cuja figura do pai encontra abrigo no Poder Judiciário. Como super-ego o Judiciário sustentaria seu decisionismo moralizador, rompendo com os limites da jurisdição. Nesse cenário, não haveria *reflexidade suficiente* entre a sociedade e a Corte Constitucional capaz de sustentar a legitimação do tribunal: é a evidência do déficit de representatividade pós-moderno. A tendência contra-majoritária refutaria a ampliação em demasia das atribuições do tribunal, justamente num país como o Brasil no qual não há um espaço de discussão política que possibilite a construção de decisões efetivamente democráticas;

(9) A *constitutividade erga omnes* encontraria óbice nas debilidades do ativismo judicial extremado, que difere daquele ativismo judicial moderado, limitado à lide. Em primeiro lugar porque a decisão criativa se ligaria à lide (concretude), espelhando-se nas provas ali colhidas. Em segundo lugar, seria legitimado por um órgão relativamente imparcial, o que não se pode encontrar no Brasil, país no qual o STF exerce concomitantemente as atribuições de mais alto tribunal do Poder Judiciário e de Suprema Corte. Em terceiro lugar, os efeitos da sentença deteriam certa maleabilidade que colocaria em xeque situações jurídicas já perfectibilizadas. Em quarto lugar, a Corte não disporia de instrumentos necessários à produção de normas abstratas e universais, tal qual o Parlamento. Em quinto lugar, a sentença injuncional ostentaria cognição parcial e não exauriente, além de se correlacionar a fatores históricos, evolutivos, à ideais e tendências sociais sensíveis à qualquer variante sociológica. Em sexto e último lugar, o aumento das atribuições do tribunal o desvincularia da prestação de contas com a sociedade, erguendo-se para além dos demais poderes, usurpando-os;

(10) São competentes para a apreciação do instrumento de injunção os tribunais vinculados ao órgão regulamentar omissor, o que demonstra o intuito do legislador em concentrar a regulamentação dos direitos, garantindo um mínimo de segurança jurídica e de especialidade da *constitutividade* do *decisum* injuncional.

(11) O *concretismo geral* estampado nas novas orientações do STF, que busca garantir validade *erga omnes* para os efeitos constitutivos do *mandamus* erigindo uma verdadeira *Jurisdição da Liberdade* sob critérios de *Eqüidade*, esbarra no princípio da separação dos poderes da doutrina norte-americana, ao passo que se quer, assim, conferir eficácia ampliada para tutela jurisdicional de via difusa, alheia aos efeitos pretendidos.

(12) O silêncio eloqüente do constituinte de 1988, que vedou a previsão do Poder Normativo do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no art. 149, §2º, do Projeto de Constituição, demonstra a incompatibilidade entre o *anseio jurisdicional* – que deixa transparecer um perigoso *animus* de açambarcar a competência legislativa para a regulamentação da matéria omissa – e a *vontade da constituição* – que visa ao resguardo da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e, concomitantemente, da segurança jurídica.

(13) As crises pós-modernas, em especial a crise dos paradigmas jurídicos, das instituições da sociedade, do Estado Contemporâneo, dos modelos constitucionalistas, sobretudo, do *dirigismo constitucional*, e a falência das promessas da modernidade¹⁹¹, cujo reconhecimento ainda não se operou no Brasil, aliada à breve redemocratização do país, levam à concepção do cenário sócio-político brasileiro como *local instável* – são os chamados países de *modernidade tardia* –, alheio à possibilidade de se incutirem teorias que busquem relativizar o modelo legalista brasileiro ainda vigente, em especial, teorias garantísticas de supervalorização do papel dos Tribunais Constitucionais. Embora plenamente possível, não seria adequado incluirmos no nosso país atribuições normativas em demasia aos tribunais superiores.

(14) Para alcançar a pretendida *constitutividade erga omnes* devemos, primeiro, evoluir as instituições jurídicas brasileiras, valorização um senso de constituição que ocupa o centro do ordenamento jurídico, além de se fortificar um hermenêutica constitucional adequada ao ativismo judicial extremado, que respeite os princípios constitucionais mínimos da jurisdição. Somente assim se proporcionaria o surgimento de um *constitucionalismo moralmente reflexivo*, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho.

Vinculando o Judiciário à prolação de sentenças limitadas à lide, de forma a conceder à tutela jurisdicional *constitutividade inter partes*, entendemos garantir mais eficazmente a independência e a harmonização dos poderes, ao passo que se proíbe um

¹⁹¹ Calçadas nas idéias de poder estatal limitado, dignidade da pessoa humana, centralidade dos direitos fundamentais, Justiça material, tolerância e, quiçá, *felicidade* (BARROSO, 2008).

*avanço vertiginoso das atribuições e funções*¹⁹² de um Poder Judiciário, já exacerbado com as competência que possui. Confirmamos, assim, a hipótese básica da monografia.

Ademais, demonstramos no trabalho que somente a (re)valorização do mandado de injunção como instrumento de garantia jurídica da participação do indivíduo na política e na construção de um direito de textura aberta e ampla podemos garantir a aplicação dos planos dirigentes do modelo constitucional vigente, expurgando do constitucionalismo pátrio a sombra do *directivismo constitucional*.

É por isso que repudiamos, no capítulo terceiro, a tentativa de Luís Roberto Barroso de extinguir do ordenamento jurídico pátrio o mandado de injunção. Acreditávamos, e ainda acreditamos, que a solução não é essa, mesmo porque a solução não se restringe apenas ao campo jurídico: ela é eminentemente política.

Num cenário onde o Poder Executivo legisla indiscriminadamente, o Legislativo está vinculado à apreciação das *leis do governante* e o Judiciário almeja sobrepujar a arbitrariedade executiva, reiteramos, não há democracia.

A judicialização da política é viável enquanto instrumento de minimização das mazelas do desequilíbrio de poderes e da ausência de representatividade das instituições políticas. No entanto, sustentar a via inversa, a politização da justiça e um ativismo judicial que prolate sentenças criativas de direito abstratas e universais, é dar prevalência ao desequilíbrio. É afirmar categoricamente a existência de um órgão superior ao Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Portanto, foi justificada a discordância acadêmica empreendida nesta monografia que se desviou das correntes doutrinárias sustentadas pelos partidários da teoria da *judicialização das grandes* – e também das médias e pequenas – *questões sociais* e da *política*.

Entendemos que ao aduzirmos tais correntes doutrinárias num cenário sócio-político como o brasileiro não reverteríamos o quadro de ausência de representatividade. Pelo contrário, agravariamos o déficit democrático nacional.

Não há solvabilidade na proposição de se conferir aos tribunais, sob o manto da sentença injuncional, a *constitutividade erga omnes* necessária para fazer valer direitos constitucionais obstados por falta de regulamentação, se não for contida aos limites constitucionais e às regras do jogo democrático. Eis nossa contraposição à inovadora teoria do *ativismo judicial* em face do axioma da auto-contenção judicial, tensão entre o Poder Judiciário e os demais segmentos da sociedade.

¹⁹² A Constituição deve se impor como *janela*, translúcida, que proporciona a filtragem do sol, ainda que com um mínimo grau de refração das *luzes*, permitindo-se enxergar o mundo dos fatos, o mundo fora da morada do Direito. Diferentemente, não deve ser *espelho*, que reflete tudo que por ele tenta passar – um fim em si mesmo –, pretendendo à correspondência com a realidade fática una, virtualmente universalizável (BARROSO, 2008).

Digamos: o imediatismo, por vezes, perturba, assola e leva instituições à ruína. Para nós, defender um maior ativismo dos operadores jurídicos (advogados, promotores, professores), e não só dos magistrados, especialmente no manuseio dos instrumentos disponibilizados pela legislação e na revitalização deles, com a necessária regulamentação, se preciso, melhor corrige o problema.

Afinal, o Poder Judiciário não deve preencher o *vácuo político*¹⁹³ gerado pelas crises contemporâneas – *da representatividade, do discurso democrático, da eficácia das normas constitucionais* –, porque as inovações jurídicas têm a peculiar característica de carregarem consigo enorme massa inercial: tendem à consolidação.

A restrição das atribuições jurisdicionais aos limites da lide, permitindo apenas a *constitutividade inter partes* da sentença prolatada no mandado de injunção é o melhor caminho para a salvaguarda das regras do jogo democrático, da garantia dos direitos fundamentais e da preservação da vontade da maioria, requisitos que legitimam o adequado e moderado *ativismo judicial*.

Não enfrentemos o *directivismo constitucional* com as armas do além-mar, não com a importação da panacéia garantística que amplia audaciosamente a *jurisdição constitucional*. Resolvamos, antes de tudo, nossos problemas políticos e jurídicos, que, no âmago, não passam de questões sociais, com os remédios eficazes que possuímos, achaques mais nossos – operadores do direito –, do que coletivos – do povo –, mesmo porque a cura está em nossa cultura jurídica pátria.

¹⁹³ O Poder Judiciário imiscui-se na politicidade social em resposta à demanda por *justiça material* da sociedade, que em virtude da falência dos institutos jurídicos e do modelo judicial brasileiro, recorre às instituições para-jurisdicionais: eis a evidência do fenômeno do pluralismo jurídico. Frise-se, o Judiciário possui somente um caráter ativo supletivo na esfera política social, pelo que a constitucionalização do direito e a judicialização da política serão legítimas tão-somente se o Judiciário intervier para suprir o *déficit de representação* dos demais poderes, garantir a *aplicabilidade dos direitos constitucionais* e das *regras do jogo democrático* – enquanto preservação dos direitos fundamentais e da garantia da vontade majoritária –, nos limites de suas atribuições. Citando Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos” (BARROSO, 2008).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKEL FILHO, Diomar. **“Writs” constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ARRUDA, José Jobson. **Nova História moderna e contemporânea**. Bauru: EDUSC, Bandeirantes Gráfica, 2004.
- BACHA, Sérgio. **Mandado de Injunção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*. **Revista de Direito Público**. Brasília: IDP, 2002.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO JÚNIOR, José de Oliveira; CARVALHO, Edson Ferreira de. *O guardião da Constituição e o mandado de injunção*. **BuscaLegis**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/hsr201.htm>> Acesso em: 30/07/2008.
- BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de injunção*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Ano 77, Vol. 637, p. 7-12, novembro, 1988.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001a.
- _____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I, Vol. I. n. 6. Salvador: setembro, 2001b.
- _____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.
- _____. *O Novo Constitucionalismo e a Constitucionalização do Direito*. Aula Magna ministrada em Brasília, no Supremo Tribunal Federal, em 26.06.2008. **TVJustiça**. Disponível em: <<http://videos.tvjustica.jus.br/#>> Acesso em: 23.09.2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: IBDC – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional / Celso Bastos Editor, 1999.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. **Revista Lua Nova**. n. 61, São Paulo, 2004. p. 5-24.
- BERMUDES, Sérgio. *O mandado de injunção*. **Revista dos Tribunais**. n. 644. São Paulo: abril, 1989. p. 21-25.
- BEZERRA, David Ricardo Colaço. *A dialética hegeliana e o espírito da constituição*. **Revista Semestral da Sociedade Hegel Brasileira – SHB**. Ano 3. n. 4. jun. 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compilação de Nello Moura. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 1. Brasília: Editora LGE: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORJA, Célio. *O mandado de injunção e o habeas data*. **Forense**. v. 306. Rio de Janeiro: abr./jun., 1989.

CADERMATORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

_____. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPELLARI, Eduardo. **A crise da modernidade e a constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHOMSKY, Noam. **Novas e velhas ordens mundiais**. Tradução original: Paulo Roberto Coutinho. São Paulo: Scritta, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Mandado de Injunção*. **Revista dos Tribunais**. Ano 90. V. 788. São Paulo: junho de 2001. pp. 727-746.

_____. **Jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Dialética, 1997.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *As “Medidas Provisórias” do Poder Judiciário. O novíssimo perfil constitucional do Mandado de Injunção a partir da histórica sessão plenário do Supremo Tribunal Federal em 7 de junho de 2006*. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Ano XXXIV. N. 105. Porto Alegre, março, 2007. pp. 319-326.

DIAS, Sérgio Novais. *Conceito de Constituição no Mundo Moderno*. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 1. N. 3. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, abril-junho de 1993. pp. 136-167.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ETO CRUZ, Gerardo. *Uma defesa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión*. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (cord.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2002. p. 165-185.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 23. n. 89. Brasília: jan./mar. 1986. pp. 49-62.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordinamiento Mexicano**. 2. ed. México: UNAM, 1998.

GARCIA, Maria. Os Efeitos do Mandado de Injunção e o Princípio da Separação dos Poderes. In: **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 1. n. 3, abril-junho, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

LEMONS, Rafael Cavalcanti. *Função jurisdicional de mediata equidade em mandado de injunção*. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 38. n. 153. Brasília: jan./mar., 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1970.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de Injunção: Um instrumento de Efetividade da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional*. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (coord.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2002. p. 187-210.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Acaso, John Marshall e o Controle de Constitucionalidade*. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Ano XXXIV. N. 105. Porto Alegre, março, 2007. pp. 39-48.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**. N. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000. pp. 183-202.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Mandado de Injunção*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Ações Constitucionais**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2006. pp. 135-194.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. 13ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 461-483.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Manual de direito constitucional**. Tomo 6. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo 1. São Paulo: Bookseller, 1998.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, José João Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e a Responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Antônio de Pádua Ribeiro. *O Superior Tribunal de Justiça e a Justiça Especial. II Fórum Jurídico – A Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Fundação Dom Cabral, Federação de Comércio do Estado de Minas Gerais e Academia Internacional de Direito e Economia, 1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Ordem Econômica*. In: FIOCCA, Demian (org.); GRAU, Eros Roberto (org.). **Debates sobre a Constituição de 1998**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RUIZ, Marian Ahumada. *¿Hay Alternativas a la Judicial Review?* In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (cord.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2002. p. 3-25.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Instrumentos de la Justicia Constitucional frente a la inconstitucionalidad por omisión*. In: GÓMEZ, Juan Vega; SOSA, Edgar Corzo (cord.). **Instrumentos de tutela y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 2002. p. 605-619.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEHN, Solon. *Mandado de Injunção e Controle das Omissões Legislativas*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 9. n. 36. julho/setembro de 2001. p. 237-257.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Normas Constitucionais Não-Regulamentadas: Instrumentos processuais*. **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. V. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da separação dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRENGER, Irineu. **Mandado de injunção**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

TAYLOR, Alan John Percival. **A Segunda Guerra Mundial: como as guerras começam**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

_____. **História do século XX**. São Paulo: Abril Cultural, 1968.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. I. 35. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais**. V. III. 39. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário. *As novas garantias constitucionais*. **Revista dos Tribunais**. n. 642. São Paulo: junho, 1989. pp. 07-17.